Die Rechtsstellung des Erben eines offenen Handelsgesellschafters

Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
zu Rostock

vorgelegt von

Wolfgang Berger

Referendar

Carl Hinstorffs Hofbuchdruckerei, Rostock
1935

Referent: Professor Dr. Schultze-von Lasaulx

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen Eltern!

Inhalts-Verzeichnis.

Seite

Einleitung.

§ 1 Übersicht und Gliederung des Themas . . . . . 7—8

Hauptteil.

1. Abschnitt.

Der Erbe setzt die Gesellschaft mit den überlebenden Gesellschaftern nicht fort. 9—26

§ 2 A. Ende der Gesellschaft durch Erbfall . . . . . 9—19

I. Die Liquidationsgesellschaft . . . . . 9—16

1. Rechte des Erben . . . . . 9—13

2. Pflichten des Erben (§ 137 HGB.) . . . 14—16

II. Haftung des Erben . . . . . 16—19

§ 3 B. Fortsetzung der Gesellschaft nach Erbfall . . . . 19—26

I. Die Gläubigerstellung des Erben zur Gesellschaft 19—25

II. Haftung des Erben für Gesellschaftsschulden . 25—26

2. Abschnitt.

Der Erbe setzt die Gesellschaft mit den überlebenden Gesellschaftern fort. 26—58

§ 4 A. Der Erbe als Mitglied der O. H. G. . . . . 26—52

I. Voraussetzungen (§ 139 HGB.) . . . . . 26—36

II. Der Erbe als vorläufiges Mitglied . . . . 36—51

1. Bei Erbschaftsanfall . . . . . 36—41

2. Innerhalb d. Dreimonatsfrist d. § 139 HGB. 41—46

a) Rechte des Erben aus § 139 HGB. . . 41—43

b) Vererbung der Rechte und Pflichten des Erblassers 43-46

3. Der Erbe scheidet während der Schwebezeit aus der O. H. G. aus . . . . . 46—48

4. Die O. H. G. wird während der Schwebezeit aufgelöst . . . . . 48—51

III. Der Erbe als endgültiges Mitglied . . . . 51—52

§ 5 B. Der Erbe als Kommanditist . . . . . 52—58

I. Allgemein . . . . . 52—56

II. Haftung . . . . . 56—58

Schluß.

§ 6 § 139 HGB. als zwingende Gesetzesvorschrift und Ergebnis . . . . . 58—59

Literaturverzeichnis.

Anschütz: Über die stillschweigende Fortsetzung der O.H.G. mit den Erben des verstorbenen Gesellschafters im Archiv für Theorie und Praxis des Allgemeinen Deutschen Handelsrechts, herausgegeben von F. B. Busch, Bd. 12, Leipzig 1868.

Brand, Arthur: Das Handelsgesetzbuch mit Ausschluß des Seerechts, Berlin 1911.

Binder, Julius: Die Rechtsstellung des Erben nach dem deutschen bürgerlichen Gesetzbuch, 1. Teil, Leipzig 1901.

Düringer-Hachenburg: Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897, 2. Band, 1. und 2. Hälfte, 3. Aufl., Mannheim—Berlin—Leipzig 1932.

Endemann, F.: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 3. Bd., Erbrecht, 1. und 2. Hälfte, 8. und 9. Auflage, Berlin 1919.

Goldmann, Samuel: Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897, 2. Bd., Berlin 1905.

Jonen, August: Die Vereinbarung der Fortsetzung der offenen Handelsgesellschaft mit den Erben eines Gesellschafters, Dissertation, Berlin 1921.

v. Krawel: Über die selbständige Befugnis der Erben, die offene Handelsgesellschaft fortzusetzen, in welcher ihr Erblasser gestanden hat; Art. 123, Nr. 2 des HGB., im Archiv für Theorie und Praxis des allgemeinen deutschen Handelsrechts. herausgegeben von F. B. Busch, Bd. 13, Leipzig 1868.

Krückmann, Paul: Übertragbarkeit von Gesellschaftsanteilen, in Iherings Jahrbüchern für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts, 38. Band, Jena 1924.

Lehmann-Ring: Das Handelsgesetzbuch für das deutsche Reich, Band 1, 2. Aufl., Berlin 1914.

Makower, H.: Handelsgesetzbuch mit Kommentar, Band 1, 12. Auflage, Berlin 1901.

Moormann, Arnold: Die Haftung des Erben eines offenen Handelsgesellschafters, Dissertation, Würzburg 1931.

Neufeld-Schwarz: Handelsgesetzbuch ohne Seerecht, 1. Bd., Berlin 1931.

Pinkernelle, Hermann: Die rechtliche Stellung des Erben eines Gesellschafters nach dem BGB. und HGB., Rostock 1902, Dissertation.
Planck: Bürgerliches Gesetzbuch, Erbrecht, 5. Bd., Berlin und Leipzig 1930.
Riesenfeld, S.: Die Erbenhaftung nach dem BGB., 1. Bd.: Die Grundsätze der Haftung, Berlin 1916.
Ritter, Carl: Kommentar zum Handelsgesetzbuch mit Ausschluß des Seerechts, 2. Aufl., München und Berlin 1932.
Staub: Kommentar zum Handelsgesetzbuch, bearbeitet von Pinner, Bondi, Bd. 1, 14. Aufl. Berlin und Leipzig 1932.
v. Staudinger: Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Bd., Recht der Schuldverhältnisse, 3. Teil, 9. Auflage, München, Berlin, Leipzig 1929.
Wiezens: Das Fortbestehen der O.H.G. mit den Erben eines Gesellschafters, in Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, 35. Bd., Stuttgart 1888.
Wieland, Karl: Handelsrecht, 1. Bd., München und Leipzig 1931.
Zitelmann, Ernst: Übertragbarkeit von Gesellschaftsanteilen, in Iherings Jahrbüchern für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts, 37. Bd., Jena 1923.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, amtliche Sammlung.
Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts.

Einleitung.

§ 1.

Übersicht und Gliederung des Themas.

Die offene Handelsgesellschaft ist, wie die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, eine Personalgesellschaft. Ihre Existenz ist grundsätzlich an die Person der sie bildenden Gesellschafter gebunden. Daher löst der Tod eines Gesellschafters diese Gesellschaft grundsätzlich auf (§ 131 Abs. 4 HGB., § 727 BGB.).

Die strenge Durchführung dieses Satzes würde in der Praxis zu großen Unbilligkeiten führen, da die Auflösung der Gesellschaft nicht selten zu Schädigungen der Gesellschafter und unter Umständen auch zu Schädigungen des Wirtschaftslebens führen kann, besonders dann, wenn es sich um ein wirtschaftlich wichtiges, gewinnbringendes Unternehmen handelt.

Daher läßt das Gesetz zu, daß durch den Gesellschaftsvertrag, der die Grundlage einer jeden Gesellschaft bildet, abweichende Vereinbarungen getroffen werden können (§ 727 BGB., § 138, § 139 HGB.).

So kann im Gesellschaftsvertrag die Bestimmung festgelegt werden, daß die Gesellschaft im Falle des Todes eines Gesellschafters unter den überlebenden Gesellschaftern ohne Teilnahme des Erben (§ 138 HGB.) oder zusammen mit dem Erben fortgesetzt werden soll (§ 139 HGB.).

Das Gesetz hat sich mit diesen Vorschriften begnügt und äußert sich nur in einigen wenigen, keineswegs erschöpfenden Vorschriften (§§ 137, 139, 143, 146 I 2, 148 I, 157 III HGB.) über die Rechte und Pflichten des Erben, die diesem in den im Gesellschaftsvertrag vorgesehenen Fällen zustehen.

Aufgabe dieser Abhandlung soll es sein, die sich für den Erben ergebende rechtliche Stellung nach den einzelnen Be-

stimmungen des Gesetzes und den Bestimmungen, die ein Gesellschaftsvertrag treffen kann, zu prüfen. Vor allem sollen die Lücken des Gesetzes und seine ungenügende Regelung durch eine geschlossene Darstellung ersetzt und die dem Erben, sei es durch Vererbung oder aus dem Erbanfall zustehenden Rechte und Pflichten nach einheitlichen Gesichtspunkten zusammengefaßt werden. Dabei soll als Grundlage nur das geltende Recht dienen, und die Stellung des Erben nur nach geltenden rechtlichen Gesichtspunkten dargestellt werden.

Als naturgemäße Gliederung der Arbeit ergibt sich nach Vorstehendem die Einteilung in zwei Abschnitte, ausgehend von der Stellung, die der Erbe zur OHG. haben kann:

1. Der Erbe setzt die OHG. mit den überlebenden Gesellschaftern nicht fort,
2. der Erbe setzt die OHG. mit den überlebenden Gesellschaftern fort.

Hauptteil.

Erster Abschnitt.

Der Erbe setzt die Gesellschaft mit den überlebenden Gesellschaftern nicht fort.

§ 2.

A. Ende der Gesellschaft durch Erbfall.

I. Die Liquidationsgesellschaft.

1. Rechte des Erben.

Der Tod eines Gesellschafters löst die OHG. auf, wenn der Gesellschaftsvertrag keine Bestimmung über das weitere Schicksal der OHG. enthält (§ 131, Abs. 4 HGB.). Die Auflösung der OHG. erfolgt grundsätzlich im Wege der Liquidation (§ 145 HGB.). Zur Durchführung der Liquidation bleibt die OHG. zunächst als Liquidationsgesellschaft bestehen (§ 730, Abs. 2 BGB., § 105, Abs. 2, § 156 HGB.). Die erwerbende Tätigkeit der OHG. ist jedoch beendet[1]). Die Liquidationsgesellschaft hat die Aufgabe, die laufenden Geschäfte zu beenden, alle Verpflichtungen der Gesellschaft zu erfüllen, das Gesellschaftsvermögen zu versilbern und das nach Berichtigung aller Schulden verbleibende Barvermögen unter die Gesellschafter zu verteilen (§ 149 HGB.)[2]).

Liquidatoren sind alle Gesellschafter. Würde also die Auflösung aus einem anderen Grunde als Tod eines Gesellschafters erfolgen, so hätte der Erblasser als Gesellschafter die Stellung eines Liquidators. Der Erbe müßte also gemäß § 1922 BGB. an die Stelle des Erblassers treten, Mitglied

1) Staub, § 145, Anm. 3.
2) Staub, § 145, Anm. 2.

der Liquidationsgesellschaft und damit auch Liquidator werden. Der Erblasser wäre jedoch nur auf Grund seiner Mitgliedschaft in der OHG. Liquidator geworden, und Mitgliedschaftsrechte sind grundsätzlich weder übertragbar, noch vererblich[3]). Nur dann können sie auf einen Dritten übergehen, wenn sie ausdrücklich zu übertragbaren und vererblichen Rechten gemacht werden, so beispielsweise in § 139 HGB.[4])

Auch aus dem Gesetz (§ 146, Abs. 1, S. 2 HGB.) läßt sich folgern, daß der Erbe nicht anstelle des Erblassers Liquidator wird; denn warum sollte das Gesetz ausdrücklich bestimmen, daß mehrere Miterben einen Vertreter zum Liquidator zu ernennen haben, wenn der Erbe und auch jeder Miterbe ohne weiteres für den Erblasser in die Liquidationsgesellschaft eintreten würden. Der Erbe wird also nicht Mitglied der Liquidationsgesellschaft, sondern bleibt außerhalb der Gesellschaft[5]).

Die Ansprüche des Erben gliedern sich in Vermögensrechte und Verwaltungsrechte, d. h. in Rechte, die den reinen Vermögensanspruch betreffen und in solche, die ihn berechtigen, bei der Feststellung des Vermögensanspruches mitzuwirken.

Träger des Gesellschaftsvermögens sind die Gesellschafter in ihrer Gesamtheit. Der Erblasser scheidet mit seinem Tode aus der Gesellschaft aus. Der Anteil des Erblassers am Gesellschaftsvermögen wächst den überlebenden Gesellschaftern an, entsprechend § 738 BGB. Das Vermögen, das bisher allen Gesellschaftern mit Einschluß des Erblassers zustand, steht nun in seiner Gesamtheit nur noch den überlebenden Gesellschaftern zu[6]). Infolge der Anwachsung erhält der Erbe das, was sein Erblasser, wenn er noch lebte, bei der Auseinandersetzung erhalten haben würde[7]). Für

---

3) § 717, Abs. 1, § 719, § 727, 1 BGB.; § 105, 2 HGB. und § 131, 4 HGB. Brand, § 146, 1b aa. Neufeld-Schwarz, § 146, 1. Staub, § 109, Anm. 11 ff. Zitelmann, S. 187. Anderer Ansicht Ritter, § 146.

4) Krückmann, S. 70.

5) A. A. Wieland, § 61, S. 681.

6) Staudinger, § 736, I, 2. RGE. Bd. 65, S. 235/36; Bd. 68, S. 415/16.

7) Vgl. § 717, S. 2; § 738, Abs. 1, S. 2 BGB.

diesen Anspruch haften die überlebenden Gesellschafter als Gesamtschuldner, für den Erben bildet er einen Teil des Nachlasses. Der Anspruch entsteht mit dem Erbanfall, er ist abtretbar, pfändbar und vererblich[8]). Sein Inhalt wird jedoch erst in der Schlußbilanz, die von den Liquidatoren außer der Bilanz zu Beginn der Liquidation aufzustellen ist (§ 154 HGB.), bestimmt. Die Schlußbilanz wird aufgestellt, wenn die Liquidation beendet ist, das Vermögen verwertet ist und die Gläubiger, soweit dies möglich ist, befriedigt sind[9]). Weiter hat der Erbe einen Anspruch auf Herausgabe der Sachen, die der Erblasser der Gesellschaft zum Gebrauch überlassen hatte. Die Liquidatoren müssen diese Gegenstände herausgeben, sobald sie sie entbehren können, spätestens bei Beendigung der Liquidation[10]). Für durch Zufall untergegangene oder verschlechterte Gegenstände kann der Erbe keinen Ersatz verlangen[11]).

Würden dem Erben nur diese reinen Vermögensansprüche zustehen, so wäre seine Stellung nicht besser als die irgendeines Gesellschaftsgläubigers, ja sogar schlechter, da beim Gläubiger die Höhe des Anspruches feststeht, dagegen beim Erben die Höhe mehr oder minder von den Liquidationsmaßnahmen der Gesellschafter abhängt. Die Feststellung seines Anspruches wäre rein in das Ermessen der Liquidatoren gestellt, ohne daß er sich gegen eine Übervorteilung schützen könnte. Das Gesetz bestimmt in § 146 HGB. nur, daß mehrere Miterben einen Vertreter als Liquidator bestellen können. Damit ist aber einem einzelnen Erben nicht geholfen. Daher wird im Sinne des Gesetzes, das in seinen wenigen Vorschriften über die Stellung des Erben vornehmlich zum Ausdruck bringt, daß der Erbe weitgehendst geschützt werden soll[12]), anzunehmen sein, daß dem Erben

8) RGE. Bd. 90, S. 20.

9) Staub, § 154, Anm. 4.

10) Düringer-Hachenburg, § 155, Anm. 2. Lehmann-Ring, § 155, Nr. 2. Staub, § 155, Anm. 12. Anderer Ansicht Makower, § 155, Ic.

11) § 732 BGB., § 105 HGB. Lehmann-Ring, § 155, Nr. 2.

12) Vgl. insbesondere § 139 HGB.; § 146, Abs. 1, S. 2 HGB.

die Stellung eines Beteiligten zuzubilligen ist. Als solcher hat er eine bessere Stellung als ein Gesellschaftsgläubiger, der nur dann Beteiligter ist, wenn die Gesellschaft auf Grund seiner Kündigung (§ 135 HGB.) aufgelöst wird [13]). Als Beteiligter ist der Erbe zwar kein Gesellschafter, steht aber ungefähr den Gesellschaftern gleich, die in erster Linie Beteiligte sind [14]). Die Stellung eines Beteiligten sichert dem Erben einen genügenden Einfluß auf den Gang der Auseinandersetzung; denn für wichtige Beschlüsse sieht das Gesetz Einstimmigkeit aller Beteiligten vor [15]). Der Erbe kann als Beteiligter aus wichtigem Grund beim Gericht, in dessen Bezirk die Gesellschaft ihren Sitz hat, den Antrag auf Ernennung der Liquidatoren stellen (§ 146, Abs. 2 HGB.). Ein wichtiger Grund liegt insbesondere dann vor, wenn die vertraglichen oder gesetzlichen Liquidatoren eine gedeihliche Abwicklung der Liquidationsgeschäfte nicht erwarten lassen [16]).

Im Vorstehenden sind die Rechte des Erben dargestellt, wenn die Auflösung im Wege der Liquidation erfolgt. Die Bestimmung, daß die Auflösung im Wege der Liquidation zu erfolgen hat, hat dispositiven Charakter. Das Gesetz läßt in § 145, § 158 HGB. zu, daß die Gesellschafter eine andere Art der Auseinandersetzung vereinbaren können. In diesen Paragraphen ist jedoch nur von einer Vereinbarung durch die Gesellschafter die Rede, ohne daß des Erben Erwähnung getan ist. Daraus könnte gefolgert werden, daß die Gesellschafter, ohne den Erben zu Rate zu ziehen, jede andere Art der Auseinandersetzung vereinbaren können. So könnten die überlebenden Gesellschafter beispielsweise beschließen, anstatt der Liquidation das Geschäft einem der überlebenden Gesellschafter oder einem Dritten für einen bestimmten, vielleicht sogar unangemessenen Preis, zu überlassen, ohne daß

---

13) Staub, § 146, Anm. 7.

14) Brand, § 146, 3b; Düringer-Hachenburg, § 146, Anm. 15; Goldmann, § 146, Anm. 22. Makower, § 146, III b; Lehmann-Ring, § 146, Nr. 3; Reufeld-Schwarz, § 146, 2; Staub, § 146, Anm. 7.

15) § 147, § 152 HGB.

16) Staub, § 146, Anm. 11; Ritter, § 146, 7c.

der Erbe es hindern könnte. Diese Auslegung kann aber nicht im Sinne des Gesetzes liegen; denn das Gesetz will offenbar dem Erben eine möglichst weitgehende Einwirkung auf die Auseinandersetzung sichern. Das geht schon daraus hervor, daß es im § 146 HGB. mehrere Erben ermächtigt, zur Vertretung ihrer Interessen einen Liquidator zu bestellen. Die Stellung des Erben darf auch nicht schlechter sein als die eines kündigenden Gläubigers im Sinne von § 135 HGB.; denn der Erbe ist nicht nur ein Dritter, wie der Gläubiger, sondern ist vermögensrechtlich wie ein ausgeschiedener Gesellschafter gestellt (vgl. S. 10). Der Gläubiger hat das Recht, auf Durchführung der Liquidation zu bestehen (§ 145, Abs. 2 HGB.). Dem Erben muß daher auch zum mindesten ein Recht auf Durchführung der Liquidation zustehen. Demnach bedürfen alle Vereinbarungen der Gesellschafter, die eine andere Art der Auseinandersetzung vorsehen, der Zustimmung des oder der Erben[17]). Mit Zustimmung des Erben ist jedoch die Vereinbarung über eine andere Art der Auseinandersetzung an keine Grundsätze gebunden. Die Gesellschafter und Erben können vereinbaren, daß das Geschäft veräußert wird. Sie können die Liquidationsgesellschaft wieder in eine erwerbende OHG. umwandeln, in die der Erbe als Gesellschafter eintritt oder nicht eintritt. In diesem Falle würde sich die Umwandlung als ein Gesellschaftsvertrag darstellen, der von den überlebenden Gesellschaftern mit dem Erben oder neu eintretenden dritten Personen abgeschlossen wird[18]). Die Identität dieser Gesellschaft mit der früheren bleibt gewahrt, so daß den Gläubigern keine Nachteile entstehen[19]).

---

17) Düringer-Hachenburg, § 145, Anm. 13; Lehmann-Ring, § 145, Nr. 3.

18) Anschütz, Bd. 12, S. 76; Brand, § 131, 4; Düringer-Hachenburg, Allgemeine Einleitung, Anm. 183; v. Krävel, Bd. 13, S. 389; Makower, § 131, III; Neufeld-Schwarz, § 131, Anm. 6. Staub, § 131! Anm. 2. Anderer Ansicht Lehmann-Ring, § 131, Nr. 4; Goldmann, § 131, 23.

19) Düringer-Hachenburg, Allg. Einl., Anm. 186.

2. Pflichten des Erben (§ 137 HGB.).

Die Pflichten des Erben normiert das Gesetz in § 137 HGB. Als erste vom Erben zu erfüllende Pflicht bestimmt § 137 HGB., der Erbe hat den übrigen Gesellschaftern den Tod seines Erblassers unverzüglich anzuzeigen. Die Anzeige ist unverzüglich, also ohne schuldhaftes Zögern (§ 122, § 127 BGB.) zu erstatten, und zwar allen Gesellschaftern gegenüber. Geschieht das nicht, so haftet der Erbe der Liquidationsgesellschaft für den dadurch entstehenden Schaden, aber nur für die Sorgfalt, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt (§ 708 BGB.)[20]. Die Pflicht zur Anzeige entfällt, wenn die Gesellschafter schon aus anderer Quelle den Tod des Erblassers erfahren haben[21].

Als zweite Pflicht bestimmt § 137 HGB., der Erbe hat bei Gefahr im Verzuge die von seinem Erblasser zu besorgenden Geschäfte fortzuführen, bis die übrigen Gesellschafter in Gemeinschaft mit ihm anderweit Fürsorge treffen können. Diese Geschäftsführungsbefugnis geht nicht vom Erblasser auf den Erben über, sondern ist eine Verpflichtung, die für den Erben mit der Erbfolge neu entsteht[22]. Sie gehört zu den Nachlaßverbindlichkeiten (§ 1967 ff. BGB.). Voraussetzung der Geschäftsführungspflicht des Erben ist, daß Gefahr im Verzuge ist. Das ist beispielsweise dann der Fall, wenn die Liquidatoren noch unbestimmt sind im Falle des § 146, Abs. 2 HGB., oder die zu Liquidatoren bestimmten Gesellschafter die ihnen obliegenden Geschäfte aus irgendwelchen Gründen nicht vornehmen können. Die Geschäftsführungsbefugnis des Erben hat denselben Inhalt wie die des Erblassers. Im Einzelfalle wird also zu prüfen sein, welche Befugnisse dem Erblasser nach dem Gesellschaftsvertrag und dem Gesetze zustanden. § 137 HGB. bezieht sich nur auf die Geschäftsführungsbefugnis des Erben. Bei der Besorgung der Gesellschaftsgeschäfte wird es sich jedoch

---

20) Düringer-Hachenburg, § 137, Anm. 3; Neufeld-Schwarz, § 137, Anm. 2. Ritter, § 137, 2c. Staub, § 137, Anm. 1.

21) Düringer-Hachenburg a.a.O.; Staub, § 137, Anm. 2.

22) Ritter, § 137, 2d; Endemann, Bd. 5, S. 50/51.

meistens um Vornahme von Rechtsgeschäften mit dritten Personen handeln, also Vertretungshandlungen. Dem Erben wird demnach in diesem Rahmen auch Vertretungsbefugnis zuzugestehen sein; denn ohne diese wäre die Fürsorgebestimmung des § 137 HGB. praktisch fast wertlos[23]). Hat der Erbe namens der OHG. Geschäfte abgeschlossen, die über den Rahmen des § 137 HGB. hinausgehen, so hat er als Vertreter ohne Vertretungsmacht gehandelt. Dann gelten die §§ 177 ff. BGB.[24]) Über seine Tätigkeit hat der Erbe den Gesellschaftern gegenüber Rechenschaft abzulegen[25]).

Dieser Pflicht des Erben zur vorläufigen Geschäftsführung und Vertretung steht auf der andern Seite auch ein Recht des Erben zur Geschäftsführung und Vertretung gegenüber. D. h. der Erbe ist den Gesellschaftern und Dritten gegenüber nicht nur verpflichtet, bei Gefahr im Verzuge die vom Erblasser zu besorgenden Geschäfte weiterzuführen, sondern auch dazu berechtigt. Dieses Recht des Erben besteht wie die Pflicht nur solange, bis die übrigen Gesellschafter in Gemeinschaft mit ihm anderweit Fürsorge treffen können.

In der Literatur sind starke Meinungsverschiedenheiten aufgetaucht über die Frage, wann dem Erben des Gesellschafters die Pflichten des § 137 HGB. obliegen. Die eine Ansicht[26]) behauptet, daß der Erbe erst dann, wenn er endgültig Erbe geworden ist, d. h. nach Ablauf der Ausschlagungsfrist, zur Vornahme der im § 137 HGB. vorgesehenen Aufgaben verpflichtet ist, da, so führt Staub[27]) wörtlich aus, „nicht angenommen werden kann, daß jemand, der den Verhältnissen der Gesellschaft völlig fernsteht, eine Pflicht auferlegt werden soll, deren Verletzung ihn unter Umständen schwer verpflichten kann". Der Erbe habe daher vor Ablauf der Ausschlagungsfrist nur ein Recht zur Vor-

23) Düringer-Hachenburg, § 137, Anm. 5; Neufeld-Schwarz, § 137, Anm. 1; Ritter, § 137, 2d; Staub, § 137, Einleitung.

24) Düringer-Hachenburg, § 137, Anm. 5.

25) § 713, § 666 BGB. Neufeld-Schwarz, § 137, Anm. 3; Staub, § 137, Anm. 1.

26) Staub, § 137, Anm. 11; Brand, § 137, 2bβ; Lehmann-Ring, § 137, Nr. 3.

27) A. a. O.

nahme der Aufgaben des § 137 HGB. Die andere Ansicht[28]) hält den Erben bereits mit dem Augenblick des Anfalles der Erbschaft (§ 1942 BGB.) für verpflichtet zur Vornahme der in § 137 HGB. normierten Pflichten, nicht erst mit der Annahme (§ 1943 BGB.), da die Vorschrift sonst gerade für die wichtigsten Fälle ihren praktischen Wert einbüßen würde. Dieser Ansicht ist zu folgen; denn für die Staubsche Ansicht ergibt sich im Gesetz kein Anhaltspunkt. Der Erbe ist mit dem Erbanfall bereits Erbe, wenn auch auflösend bedingt. Auch dürfte der Zweck der Vorschrift verfehlt sein, wenn sie nicht gleich beim Tode eines Gesellschafters eingreifen würde, sondern erst nach Ablauf einer Frist. Ist der Erbe im Rahmen des § 137 HGB. tätig geworden und schlägt nachträglich die Erbschaft aus, so gilt allerdings der Anfall als nie erfolgt (§ 1953 BGB.). Die Handlungen, die er aber im Rahmen des § 137 HGB. vorgenommen hat, hat er befugt vorgenommen. Er haftet also den übrigen Gesellschaftern gegenüber wie der wirkliche Erbe mit der in eigenen Angelegenheiten üblichen Sorgfalt[29]). Gegenüber demjenigen, welcher nun Erbe wird, ist er wie ein Geschäftsführer ohne Auftrag berechtigt und verpflichtet (§ 1959 BGB.).

II. Haftung des Erben.

Für die bis zur Auflösung der Gesellschaft entstandenen Gesellschaftsschulden würde der Erblasser, wenn er noch lebte, mit den Gesellschaftern als Gesamtschuldner haften (§ 156, § 128 HGB.). In diese Haftung tritt mit Erbanfall der Erbe für den Erblasser ein (§ 1922, § 1967 BGB.). Der Erbe haftet also mit den überlebenden Gesellschaftern als Gesamtschuldner gemäß § 421 ff. BGB. Der Erbe haftet unbeschränkt, kann jedoch, da diese Schulden für ihn Nachlaßschulden sind, seine Haftung auf den Nachlaß beschränken (§ 1975 BGB.). Mit seinem Privatvermögen haftet der Erbe nur, wenn er die Inventarsfrist versäumt

---

28) Düringer-Hachenburg, § 137, Anm. 6; Goldmann, § 137, 3; Makower, § 137, III; Neufeld-Schwarz, § 137, Anm. 2; Ritter, § 137, 2c.

29) Düringer-Hachenburg, § 137, Anm. 6.

hat (§ 1944 BGB.), oder wenn er zur Zahlung verurteilt ist, ohne sich seine Haftungsbeschränkung im Urteile vorbehalten zu haben (§ 780$_1$ ZPO.)[30]).

Sind mehrere Miterben vorhanden, so ist zwischen der Haftung vor der Teilung des Nachlasses und nach der Teilung des Nachlasses zu unterscheiden.

Vor der Teilung können die Gesellschaftsgläubiger 1. gegen den einzelnen Miterben gemäß § 2058 BGB. oder 2. gegen alle Miterben gemäß § 2059 BGB. und § 747 ZPO. vorgehen.

Im ersten Falle bleibt die Haftung des Miterben auf den Nachlaßbestand beschränkt.

Im zweiten Falle kann jeder Miterbe die Haftung auf seinen Erbanteil beschränken, indem er die Berichtigung der Nachlaßverbindlichkeiten aus dem Vermögen, das er außer seinem Anteil an dem Nachlasse hat, verweigert (§ 2059 BGB.).

Nach der Teilung des Nachlasses können die Gläubiger nicht mehr gemäß § 2059 BGB. gegen alle Miterben vorgehen, da die einzelnen Erbteile im Privatvermögen der Miterben aufgegangen sind. Jeder Miterbe haftet jetzt mit seinem ganzen Vermögen, mit Ausnahme der im § 2060, Abs. 1 und 2 BGB. erwähnten Fälle. Eine Beschränkung der Haftung auf den Erbanteil ist ausgeschlossen (§ 2062 BGB.).

Die Auflösung der Gesellschaft ist von sämtlichen Gesellschaftern zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden. Die Erben haben bei der Eintragung mitzuwirken. Erbe und Gesellschafter sind sich gegenseitig verpflichtet, die Auflösung eintragen zu lassen[31]). Die Ermittlung und Heranziehung des Erben kann häufig mit großen Schwierigkeiten verknüpft sein. Daher sieht das Gesetz von der Mitwirkung der Erben

---

30) Düringer-Hachenburg, § 156, Anm. 9, und § 137, Anm. 5. Lehmann-Ring, § 156, 3b. Riesenfeld, Seite 116. RGE. Bd. 72, Seite 121. Endemann, Bd. 5, 2. Hälfte, S. 869.

31) Brand, § 143, 2. Düringer-Hachenburg, § 143, Anm. 3. Goldmann, § 143, 4. Lehmann-Ring, § 143, Nr. 4. Makower, § 143, II. Neufeld-Schwarz, § 143, Anm. 4. Ritter, § 143, 2. Staub, § 143, Anm. 3.

bei der Anmeldung ab, soweit ihr besondere Hindernisse entgegenstehen (§ 143, Abs. 3 HGB.). Gleichfalls sind die Liquidatoren zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden, wobei die gleichen Grundsätze gelten wie bei Eintragung der Auflösung (§ 148 HGB.).

Die Nichteintragung hat zur Folge, daß die Auflösung einem Gesellschaftsgläubiger nicht entgegengehalten werden kann, es sei denn, daß sie diesem bekannt war (§ 15 HGB.). Der Erbe haftet daher auch für nach dem Tode des Erblassers und während der Liquidation eingegangene Gesellschaftsschulden wie für Nachlaßschulden unbeschränkt aber auf den Nachlaß beschränkbar [32]). Eine persönliche Haftung des Erben greift nicht Platz, da der Erbe nicht Gesellschafter ist, und daher auch nicht wie ein solcher haften kann. Ist die Eintragung aber erfolgt, so ist im Gegensatz zu Düringer-Hachenburg [33]), Lehmann-Ring [34]), und Reichsgericht [35]), die die Ansicht vertreten, daß der Erbe ebenso wie für Gesellschaftsschulden vor dem Erbanfall unbeschränkt aber beschränkbar hafte, anzunehmen, daß der Erbe hier überhaupt nicht haftet. Der Erbe ist nicht Mitglied der Liquidationsgesellschaft, sondern hat nur eine bevorzugte Gläubigerstellung. Als solcher ist er im Außenverhältnis nicht an den Rechtsgeschäften der Liquidationsgesellschaft beteiligt. Wenn § 146 HGB. eine Vertreterbestellung durch die Erben für die Liquidationsgesellschaft vorsieht, so ist unter diesem Vertreter nicht ein rechtsgeschäftlicher Vertreter zu verstehen, sondern ein solcher, der die wirtschaftlichen Interessen der Erben bei der Abstimmung wahrnimmt. Dieser Erbenliquidator vertritt nicht die Liquidationsgesellschaft nach außen, sondern alle Liquidatoren vertreten die Gesellschaft (§ 150 HGB.). Wenn aber die überlebenden Gesell-

---

32) Brand, § 143, 6b. Düringer-Hachenburg, § 143, Anm. 7a. Lehmann-Ring, § 143, 5. Neufeld-Schwarz, § 143, 5. Staub, § 143, 7. ROHG. Bd. 21, S. 372/73. RGE. Bd. 70, S. 272. Endemann, Bd. 5, 2. Hälfte, S. 869.

33) § 156, Anm. 9.

34) § 156, Nr. 3b.

35) Bd. 72, S. 121.

schafter allein berechtigt und verpflichtet sind, dann ist es auch billig, daß sie die Haftung tragen. Durch eine solche Regelung werden die Gesellschaftsgläubiger nicht benachteiligt; denn bis zur Verteilung des Gesellschaftsvermögens steht ihnen dieses ganz zur Befriedigung zur Verfügung, und die Verteilung erfolgt erst nach Berichtigung aller Gesellschaftsschulden.

Außer dem bereits genannten Falle der Nichteintragung wird der Erbe noch für die von ihm im Rahmen des § 137 HGB. getätigten Geschäfte wie für Nachlaßschulden einzustehen haben, da es unbillig wäre, den überlebenden Gesellschaftern die Haftung für Geschäfte aufzubürden, die sie nicht selbst getätigt haben, während der Erbe, der diese Geschäfte vorgenommen hat, nicht haftet[36]).

§ 3.

B. Fortsetzung der Gesellschaft nach Erbfall.

I. Die Gläubigerstellung des Erben zur Gesellschaft.

Der Gesellschaftsvertrag kann die Bestimmung enthalten, daß beim Tode eines Gesellschafters dieser aus der Gesellschaft ausscheidet, während die überlebenden Gesellschafter die OHG. fortsetzen (§ 138 HGB.). Selbstverständliche Voraussetzung für das Fortbestehen der Gesellschaft ist allerdings, daß beim Tode eines Gesellschafters noch zwei Gesellschafter da sind, die die Gesellschaft fortsetzen können. Wenn nur ein Gesellschafter übrig bleibt, ist eine Fortsetzung begrifflich undenkbar, da zum Bestehen einer OHG. mindestens zwei Gesellschafter erforderlich sind. Tritt dieser Fall jedoch ein, so wird die Gesellschaft aufgelöst, und der Erbe hat die im § 2 angeführten Rechte, insbesondere den Anspruch auf seine Liquidationsquote und das Recht auf Durchführung der Liquidation. Enthält der Gesellschaftsvertrag jedoch die Bestimmung, daß der überlebende Gesellschafter das Recht hat, das Geschäft mit Aktiven und

36) Brand, § 137, 2c. Reufeld-Schwarz, § 137, 3. Ritter, § 137, 2d. Wieland, § 61, S. 682.

Passiven zu übernehmen und den Erben abzufinden, so erfolgt die Abfindung unter entsprechender Anwendung des § 738 BGB.[37]).

Der Erblasser scheidet mit seinem Tode sofort aus der Gesellschaft aus (§ 138 HGB.). Wenn Düringer-Hachenburg[38]) vom Ausscheiden des Erben redet, so entspricht das nicht der Rechtslage; denn § 138 HGB. bestimmt ausdrücklich, schon der Gesellschafter (der Erblasser) scheidet mit seinem Tode aus der Gesellschaft aus, nicht erst der Erbe. Dieser wird nicht mehr Mitglied der Gesellschaft. Er tritt nicht in die Stellung des Erblassers als eines Gesellschaftsmitgliedes ein, sondern in die Stellung, die dieser als ein im Sinne von § 138 HGB. ausgeschiedener Gesellschafter hat[39]).

Dem Erblasser würden, wenn er zu seinen Lebzeiten ausgeschieden wäre, die aus seiner Mitgliedschaft entspringenden Rechte der §§ 738—740 BGB. zustehen. Diese Ansprüche bergen sowohl Vermögensrechte als auch Verwaltungsrechte.

Vermögensrechtlich sind die Ansprüche auf Rückgabe der der Gesellschaft vom Erblasser zur Benutzung überlassenen Gegenstände, auf Befreiung von gemeinschaftlichen Schulden und auf die Abfindungssumme (§ 738 BGB.), dann die Verpflichtung zur anteilsmäßigen Deckung evtl. Verlustes (§ 739 BGB.).

Verwaltungsrechte sind das Recht auf Mitwirkung bei Festsetzung der Abfindungssumme und das Recht, Rechenschaft über inzwischen beendete Geschäfte und Auskunft über den Stand der noch schwebenden Geschäfte zu fordern (§ 740 BGB.).

In der Literatur ist nur die Frage der rechtsgeschäftlichen Übertragbarkeit von Mitgliedschaftsrechten behandelt worden, jedoch nicht die Frage, ob Übertragbarkeit auch Vererblichkeit bedeutet. Es erscheint daher zweckmäßig, die Stel-

---

37) Brand, § 138, 4. Neufeld-Schwarz, § 138, 2. Ritter, § 138, 3a, und Staub, § 138, Anm. 6. Wieland, § 59, S. 672.

38) A. a. O. § 138, Anm. 5.

39) Wieland, § 61, S. 683.

lung eines Zessionars nach § 717 BGB. mit der eines Erben zu vergleichen und aus dieser Gegenüberstellung auf die Stellung des Erben zu schließen, die diesem im Sinne des Gesetzes zustehen muß. Für die rechtsgeschäftliche Übertragbarkeit bestimmt § 717 Satz 2: übertragbar sind 1. die einem Gesellschafter aus seiner Geschäftsführung zustehenden Ansprüche, soweit deren Befriedigung vor der Auseinandersetzung verlangt werden kann, 2. der Anspruch auf einen Gewinnanteil und 3. der Anspruch auf das, was dem Gesellschafter bei der Auseinandersetzung zukommt. Einem Dritten können also nur die reinen Vermögensrechte übertragen werden. Die gesellschaftlichen Herrschaftsrechte, die sogenannten Mitverwaltungsrechte sind unübertragbar [40]). Diese Vermögensrechte erwirbt der Erbe gemäß § 1922 BGB.

Bei den Verwaltungsrechten ist zu berücksichtigen, daß der Zessionar diese Rechte entbehren kann, da der Zedent sie für ihn ausüben kann. Der Zessionar braucht sich auf solch ein Übertragungsgeschäft nur einzulassen, wenn der Zedent sich vertraglich verpflichtet, diese Verwaltungsrechte für ihn auszuüben. Beim Erben ist es anders. Sein Rechtsvorgänger ist tot, und er ist darauf angewiesen, daß die Gesellschafter ordnungsgemäß bei der Auseinandersetzung verfahren. Die Gesellschafter können den Erben leicht übervorteilen, beispielsweise dadurch, daß sie bei der Schätzung eine Unterbewertung des Gesellschaftsvermögens vornehmen. Diese schutzlose Stellung des Erben kann nicht im Sinne des Gesetzes liegen, und der Übergang der Verwaltungs- und Kontrollrechte des ausscheidenden Gesellschafters (des Erblassers) im Erbgang auf den Erben wird daher anzunehmen sein. Staub [41]) will mehreren Erben eine Mitwirkung bei Feststellung des Abfindungsguthabens gewähren, indem er „Erben bei der Feststellung analog § 146 Abs. 1 S. 2 einen gemeinschaftlichen Vertreter ihrer Rechte bestellen läßt". Doch ist dieser Analogieschluß im vorliegenden Falle

---

40) Düringer-Hachenburg, Bd. 4, allgem. Einl., Anm. 33. Reufeld-Schwarz, § 109, Anm. 7. Ritter, § 109, 2d. RGE. Bd. 90, S. 20. Endemann, Bd. 5, S. 44.

41) Anhang zu § 141, Anm. 6.

nicht möglich, da § 146 Abs. 1 S. 2 von der Liquidationsgesellschaft spricht, während hier eine erwerbende OHG. noch vorhanden ist. Zusammenfassend sei also nochmals gesagt: Der Erbe tritt in die Stellung des Erblassers ein, die dieser als ausgeschiedener Gesellschafter gehabt hätte und hat dieselben Vermögens-, Verwaltungs- und Kontrollrechte wie dieser.

Sein Abfindungsanspruch erwächst mit dem Erbfall. Der Inhalt des Abfindungsanspruches ist erst nach Aufstellung der Bilanz bestimmbar. Bei der Aufstellung der Bilanz haben Gesellschafter und Erben mitzuwirken [42]). Auf die Mitwirkung kann geklagt werden. Mehrere Erben haben einen gemeinschaftlichen Vertreter zu bestellen. Der Erbe kann einen Sachverständigen hinzuziehen [43]). Der Berechnung des Abfindungsguthabens ist der wahre Wert der Vermögensgegenstände zu Grunde zu legen, der Wert der lebenden Gesellschaft. Dieser Wertberechnung scheint § 738 BGB. entgegenzustehen. Mit dem Wert, den § 738 BGB. bestimmt, ist jedoch nicht der Wert gemeint, der sich bei einer allgemeinen Versilberung der einzelnen Vermögensgegenstände ergeben würde, sondern der Erlös, der sich bei einer der Sachlage entsprechenden, möglichst vorteilhaften Verwertung des Gesellschaftsvermögens ergeben würde [44]). Bei Zugrundelegung dieser Grundsätze wird auch anzunehmen sein, daß in die Auseinandersetzungsbilanz ein Posten „Geschäftswert" oder „Kundschaft" eingesetzt werden kann. Als selbständiger Posten in der Bilanz darf allerdings der Geschäftswert oder die Kundschaft nur eingesetzt werden, wenn deren Wert nicht schon bei der Bewertung der einzelnen Vermögensstücke in Rechnung gezogen ist. Ist er dabei nicht berücksichtigt, so ist er im Wege der Schätzung zu ermitteln und in die Bilanz einzusetzen [45]).

---

42) Staub, Anhang zu § 141, Anm. 5.

43) Brand, § 138, 6Abγ. RGHG. Bd. 7, S. 75. Staub, Anh. zu § 141, Anm. 6.

44) Brand, § 138, 6Abγ. Düringer-Hachenburg, § 138, Anm. 10. Goldmann, § 138, Anm. 21. Lehmann-Ring, Anh. zum 5. Titel, Nr. 5. Ritter, § 138, 3cα. Staub, Anh. zu § 141, Anm. 5.

45) Brand, § 138, 6Abγ. Ritter, § 138, 3cα, und

Schwebende Geschäfte, d. h. Geschäfte, die zur Zeit der Berechnung des Abfindungsguthabens noch nicht abgeschlossen waren, können bei der Berechnung nicht mit in Ansatz gebracht werden, da ihr Gewinn bzw. Verlust noch nicht feststeht. Am Gewinn bzw. Verlust dieser Geschäfte nimmt der Erbe ebenso teil, wie sein Erblasser teilgenommen hätte (§ 740 BGB.). Dritten gegenüber tritt diese Beteiligung des Erben nicht zutage. Es entstehen nur Rechtsbeziehungen im Innenverhältnis des Erben zu den Gesellschaftern, die dem Erben für ordnungsmäßige Erledigung dieser Geschäfte haften, und zwar mit der Sorgfalt, die sie in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegen (§ 708 BGB.).

Da bei der Abfindungsbilanz die wirklichen Werte eingestellt werden, wird sie sich nicht selten von früheren Bilanzen dadurch unterscheiden, daß sie ein höheres Vermögen aufweist, als die Summe aller Gesellschaftsanteile. Der Grund ist, daß bei den üblichen Jahresbilanzen meist Unterbewertungen vorgenommen sind. An diesen versteckten Gewinnen nimmt der Erbe in dem Verhältnis teil, in dem sein Erblasser zur Zeit seines Ausscheidens gewinnberechtigt gewesen wäre [46]). Wenn die Abfindungsbilanz andererseits einen Ueberschuß der Passiven über die Aktiven ergibt, dann hat der Erbe für diese Schuld seines ausgeschiedenen Erblassers nach dem Verhältnisse von dessen Anteil am Verlust aufzukommen (§ 739 BGB.). Die Vorschrift des § 739 BGB. paßt allerdings für die OHG. nicht ganz, da er eine Verlustverteilung in der jeweiligen Jahresbilanz vorsieht, nicht erst am Schlusse der Gesellschaft. Jedoch werden bei der OHG. die Konten bei der Ausscheidung ebenso geregelt wie bei der Jahresbilanz, so daß der Anwendung von § 739 BGB. nichts im Wege steht [47]).

Übersteigt der Verlustanteil des Erblassers den Kapitalanteil, so wird das Abfindungsguthaben des Erben zu

---

Staub, Anh. zu § 141, Anm. 5. RG. Bd. 94, S. 108; Bd. 106, S. 132. Lehmann-Ring, Anhang zum 5. Titel, Nr. 5.

46) Düringer-Hachenburg, § 138, Anm. 10. Staub, a. a. O.

47) Ritter, § 138, 3c cc. Staub, Anh. z. § 141, Anm. 17.

einer Abfindungsschuld, auf die als Nachlaßschuld die erbrechtlichen Vorschriften der §§ 1967 und 1975 BGB. Anwendung finden[48]). Schulden, die der Erblasser der Gesellschaft gegenüber hatte, sei es aus einer noch nicht bezahlten Einlage oder aus unbefugter Geldentnahme aus der Gesellschaftskasse (§ 111 HGB.), sind bei der Berechnung des Abfindungsanspruches ebenfalls zu berücksichtigen.

Die Berechnung des Abfindungsguthabens stellt sich als ein Vertrag zwischen der Gesellschaft und den Erben dar. Dieser Vertrag ist wie ein Vergleich unter den im § 779 BGB. genannten Voraussetzungen sowie bei arglistiger Täuschung anfechtbar. Die Anfechtung der einzelnen Bilanzposten ist ausgeschlossen, wenn der Wert dieser Posten durch die Gesellschafter und den Erben auf Grund einer Schätzung ermittelt worden ist, da die Schätzung den Zweck hat, eine endgültige Grundlage für die Auseinandersetzung zu schaffen[49]).

Der nach vorstehenden Grundsätzen errechnete Abfindungsanspruch des Erben bildet für ihn einen Teil des Nachlasses. Für die Gesellschafter ist er eine Gesellschaftsschuld, für die sie als Gesamtschuldner haften und die in 5 Jahren verjährt[50]).

Die Zeit der Auszahlung ist nicht bestimmt. Daher kommen die allgemeinen Vorschriften des § 271 BGB. zur Anwendung, so daß zu prüfen sein wird, ob sich „aus den Umständen" entnehmen läßt, wann die Leistung zu erbringen ist[51]). Meistens wird jedoch der Gesellschaftsvertrag eine Frist, innerhalb derer die Auszahlung bewirkt werden muß, vorsehen. Eine Sicherheit für pünktliche Auszahlung kann der Erbe nicht verlangen, auch hat er kein Zurückbehaltungsrecht an den der Gesellschaft gehörigen Gegenständen, die der Erblasser in Besitz hatte[52]). Gegenstände, die der Erb-

48) Ritter, § 138, 3ccc. Staub, Anh. z. § 141, Anm. 18.

49) Düringer-Hachenburg, § 120, Anm. 3. Staub, Anh. z. § 141, Anm. 8.

50) § 128 HGB. Staub, Anh. zu § 141, Anm. 7.

51) Brand, § 138, 6Abγ. Ritter, § 138, 3c cc. Staub, Anh. zu § 141, Anm. 9.

52) Brand, § 138, 6Abγ. Ritter, § 138, 3ccc. Staub, Anh. z. § 141, Anm. 9. OLG. Stuttgart, Bd. 6, S. 446.

lasser der Gesellschaft zum Gebrauch überlassen hatte, kann der Erbe als solche zurückverlangen. Für durch Zufall untergegangene oder schlechter gewordene Gegenstände kann der Erbe keinen Ersatz fordern [53]).

Im übrigen ist sein Abfindungsanspruch übertragbar und vererblich (§ 717 Abs. 2 BGB.). Die Mitverwaltungs- und Kontrollrechte gehen jedoch nicht auf den Zessionar über [54]).

Endlich ist noch zu bemerken, daß § 738 BGB. dispositiver Natur ist. Der Gesellschaftsvertrag oder eine Vereinbarung der Gesellschafter und des Erben können eine andere Art der Abfindung bestimmen.

II. Haftung des Erben für Gesellschaftsschulden.

Für die bis zum Erbanfall entstandenen Gesellschaftsschulden haftet der Erbe im wesentlichen so, wie bereits oben [55]) dargestellt ist. Er haftet mit den überlebenden Gesellschaftern als Gesamtschuldner, kann aber seine Haftung nach § 1967 ff. und § 1975 ff. BGB. auf den Nachlaß beschränken. Hier wird jedoch die Gesellschaft fortgesetzt, und der Erbe kann daher wie ein ausscheidender Gesellschafter von den überlebenden Gesellschaftern Befreiung von der Haftung verlangen. Die Befreiung kann dadurch geschehen, daß die Gesellschaft dem Erben den Verzicht des Gläubigers auf die Forderung gegen ihn verschafft, oder die überlebenden Gesellschafter können dem Erben statt der Befreiung eine Sicherheit stellen, daß er nicht in Anspruch genommen wird [56]). Der Erbe, der trotzdem in Anspruch genommen wird, kann Rückgriff gegen Gesellschaft und Gesellschafter nehmen [57]).

Für die nach dem Erbanfall entstandenen Schulden haftet der Erbe überhaupt nicht, da der Erblasser aus der

53) § 738 BGB. in Verb. m. § 732 u. 733, Abs. 2 BGB. Staub, Anh. zu § 141, Anm. 4.

54) Vgl. oben S. 21. Staub, Anh. zu § 141, Anm. 7.

55) Seite 16 ff.

56) Brand, § 138, 6 A b β. Ritter, § 138, 3 c bb. Staub, Anh. zu § 141, Anm. 10. RG. Bd. 132, S. 30.

57) Brand, a. a. O. Staub, Anh. zu § 141, Anm. 12. RG. Bd. 11, S. 130/131.

Gesellschaft ausgeschieden ist, und der Erbe nicht Gesellschafter geworden ist. Nur für den Fall, daß der Tod des Erblassers und dessen Ausscheiden nicht gemäß § 143 Abs. 2 HGB. ins Handelsregister eingetragen ist, ist eine Haftung des Erben für diese Schulden anzunehmen. Er haftet dann wie für Nachlaßschulden.

Zweiter Abschnitt.

Der Erbe setzt die Gesellschaft mit den überlebenden Gesellschaftern fort.

§ 4.

A. Der Erbe als Mitglied der OHG.

I. Voraussetzungen.

Gesellschaftsvertrag.

Maßgebend für die Fortsetzung der OHG. mit dem Erben eines verstorbenen Gesellschafters ist der § 139 HGB. § 139 HGB. beruht auf dem Artikel 123 Nr. 2 des ADHGB. Artikel 123 Nr. 2 ADHGB. lautet: „Die Handelsgesellschaft wird aufgelöst 2. durch den Tod eines Gesellschafters, wenn nicht der Vertrag bestimmt, daß die Gesellschaft mit den Erben des Verstorbenen fortbestehen soll. Dieser Artikel war keine vorteilhafte Vorschrift für die Erben. Zwar half er dem Übelstande ab, daß die OHG. beim Tode eines Gesellschafters aufgelöst werden mußte, aber der Erbe wurde in die mißliche Lage gebracht, ohne weiteres in die OHG. eintreten und die unbeschränkte persönliche Haftung für alle früheren und künftigen Schulden der Gesellschaft übernehmen zu müssen. Andernfalls war er gezwungen, die ganze Erbschaft auszuschlagen. Um diesem Mißstande abzuhelfen, wird im § 139 HGB. dem Erben das Recht eingeräumt, sein Verbleiben in der OHG. davon abhängig zu machen, daß er die Stellung eines Kommanditisten erhält[1]). Abge-

1) Brand, § 139, 1. Düringer-Hachenburg, § 139, 1. Goldmann, Vorbem. zu § 139. Staub, § 139, Anm. 1.

sehen von dieser Erweiterung und abgesehen davon, daß § 139 HGB. bei weitem genauere Bestimmungen trifft, als Artikel 123 ADHGB., gleichen sich die beiden Vorschriften im wesentlichen. Für die im folgenden auftauchenden Streitfragen kann daher auch die über Artikel 123 ADHGB. entstandene Literatur zu Rate gezogen werden.

Als erste Voraussetzung für die Fortsetzung der Gesellschaft durch die überlebenden Gesellschafter und den Erben bestimmt § 139 HGB., daß der Gesellschaftsvertrag einen Passus enthalten muß, daß die Gesellschaft im Falle des Todes eines Gesellschafters mit den Erben fortgesetzt werden soll. Die Fortsetzungsklausel muß von allen Gesellschaftern einschließlich des Erblassers vereinbart worden sein. Der Erblasser kann die Fortsetzungsklausel nicht einseitig bestimmen. Hat er dennoch durch Verfügung von Todes wegen die Fortsetzung der Gesellschaft mit dem Erben bestimmt, so verpflichtet diese Fortsetzungsklausel nur den Erben, aber nicht die Gesellschafter. Wenn die Gesellschafter mit dem Eintritt des Erben einverstanden sind, dann tritt der Erbe nicht auf Grund des alten Gesellschaftsvertrages, sondern kraft eines besonderen Aufnahmevertrages in die Gesellschaft ein [2]).

Die Fortsetzungsklausel braucht nicht gerade im Gründungsvertrag festgesetzt zu werden, sondern jede Vereinbarung genügt, nur muß sie von sämtlichen Gesellschaftern vor dem Tode des Erblassers getroffen sein [3]). Auch ist eine schriftliche Festlegung der Fortsetzungsklausel nicht nötig. Das Gesetz bestimmt nichts darüber. Die Klausel kann also auch mündlich vereinbart werden. Ob eine Fortsetzung mit den Erben beabsichtigt war oder nicht, wird daher im einzelnen eine Frage der Auslegung sein [4]). Nicht selten wird der Gesellschaftsvertrag bestimmen, daß dem Erben nur das Recht

---

2) Düringer-Hachenburg, § 139, Anm. 4. Goldmann, § 139, Anm. 2. Makower, § 139, Ia. Neufeld-Schwarz, § 139, Anm. 2. Staub, § 139, Anm. 1.

3) Brand, § 139, 2a. Düringer-Hachenburg, § 139, Anm. 3. Goldmann, a. a. O. Lehmann-Ring, § 139, Nr. 1. Neufeld-Schwarz, a. a. O., und Staub, a. a. O.

4) Düringer-Hachenburg, § 139, Anm. 6.

zustehen soll, die Gesellschaft mit den überlebenden Gesellschaftern fortzusetzen. Diese Bestimmung fällt nicht unter § 139 HGB.; denn wenn im Gesellschaftsvertrag die Fortsetzung bestimmt ist, erfolgt der Eintritt des Erben in die OHG. kraft Gesetzes und kann nicht von seinem Willen abhängig gemacht werden [5]).

Außerdem braucht der Erbe in diesem Falle die Rechte des § 139 HGB. nicht, da er sich nicht in der Zwangslage befindet, die zur Schaffung des § 139 HGB. führte. Denn er ist nicht verpflichtet, in die OHG. einzutreten und braucht daher auch nicht die Erbschaft auszuschlagen, um der persönlichen Haftung für die Gesellschaftsschulden zu entgehen. Bis zu seiner Entscheidung wird die Gesellschaft nach § 138 HGB. unter den überlebenden Gesellschaftern fortgesetzt; denn wenn der Gesellschaftsvertrag die Bestimmung enthält, der Erbe hat ein Recht zum Eintritt, so wird diese Bestimmung zugleich die Bestimmung mitumfassen, daß die überlebenden Gesellschafter gemäß § 138 HGB. die Gesellschaft fortsetzen. Die Gesellschafter werden daher die OHG. ohne den Erben auch dann fortsetzen können, wenn der Erbe von seinem Wahlrecht keinen Gebrauch macht. Der Erbe hat dann die oben in § 3 geschilderte Stellung.

Andererseits kann im Gesellschaftsvertrag die Bestimmung getroffen sein, daß die überlebenden Gesellschafter das Recht haben, sich zu erklären, ob sie die OHG. mit dem Erben fortsetzen wollen oder nicht. Auch hier liegt der eigentliche Fall des § 139 HGB. nicht vor [6]). Ob die Gesellschaft zunächst entweder nach § 131, Abs. 4 HGB. aufgelöst oder unter den überlebenden Gesellschaftern nach § 138 HGB. fortgesetzt werden soll, ist eine Frage der Auslegung. Nach deren Ergebnis richtet sich auch die vorläufige Stellung des Erben. Verlangen die überlebenden Gesellschafter, daß der Erbe mit ihnen die OHG. fortsetzt, so ist der Erbe auf Grund der Fortsetzungsklausel zum Ein-

---

5) Brand, § 139, 2bγ. Düringer-Hachenburg, § 139, Anm. 5. Goldmann, § 139, Anm. 8. Makower, § 139, Ib. Neufeld-Schwarz, § 139, Anm. 2. Ritter, § 139, 3d. RGE. Bd. 16, S. 55. Wieland, S. 686, Anm. 20.

6) Brand, § 139, 2bα.

tritt in die OHG. verpflichtet. Der Erbe muß dann aber entsprechend § 139 HGB. sein Eintreten davon abhängig machen dürfen, daß ihm die Stellung eines Kommanditisten eingeräumt wird; denn andernfalls müßte er, um der mit dem Eintreten als offener Handelsgesellschafter verbundenen Haftung zu entgehen, die Erbschaft ausschlagen, und dieses Ergebnis widerspräche der Absicht des Gesetzes[7]).

Die Fortsetzungsklausel kann an Bedingungen geknüpft werden. So kann beispielsweise in den Gesellschaftsvertrag der Passus aufgenommen werden, daß die Gesellschaft nur dann mit dem Erben fortgesetzt werden soll, wenn dieser volljährig ist oder eine bestimmte Ausbildung genossen hat. Oder die Fortsetzung kann davon abhängig gemacht werden, daß das Gesellschaftskapital eine bestimmte Höhe erreicht hat[8]). Nur solche Bedingungen sind jedoch für zulässig zu erachten, deren Eintritt oder Ausfall sich vor dem Erbfall entscheidet; denn andernfalls würde ein für Gesellschafter und Erben unerquicklicher Schwebezustand eintreten, der zu Unsicherheiten führt, da nicht feststeht, ob der Erbe nun Gesellschafter wird oder nicht. Auch widerspräche eine solche bedingte Vereinbarung, nach der der Erbe erst nach Ablauf einer Zeit in die Gesellschaft eintritt, dem § 139 HGB. § 139 HGB. spricht von „Verbleiben" des Erben in der OHG., woraus zu entnehmen ist, daß der Erbe bereits mit Erbanfall Mitglied der OHG. werden soll. Die Gesellschaft wird aufgelöst, wenn eine im Gesellschaftsvertrag bestimmte Bedingung zur Zeit des Erbanfalles nicht eingetreten ist, es sei denn, daß die Gesellschafter für diesen Fall die Fortsetzung vorgesehen haben.

Der Erbe.

Die Fortsetzungsklausel im Sinne des § 139 HGB. muß die Fortsetzung der OHG. mit den „Erben" eines Gesellschafters vorsehen. Die Erbeneigenschaft ergibt sich aus dem

---

7) Düringer-Hachenburg, § 139, Anm. 5. Ritter, § 139, 3d; ähnlich Staub, § 139, Anm. 1.

8) Brand, § 139, 2bα. Düringer-Hachenburg, § 139, Anm. 7. Goldmann, § 139, Nr. 4. Neufeld-Schwarz, § 139, 2. Staub, § 139, Anm. 1. Lehmann-Ring, § 139, Nr. 1. Biezens, S. 118.

Bürgerlichen Recht. Die Erbfolge kann auf Gesetz oder letztwilliger Verfügung beruhen. Der Erbe braucht auch nur Ersatzerbe zu sein, aber der zum Erben Berufene muß „Erbe" geworden sein. Sein Recht, die Erbschaft auszuschlagen, bleibt ihm unbenommen. Während der Ausschlagungsfrist ist er „Erbe", wenn auch auflösend bedingt und hat im Gegensatz zu Brand[9]) die Rechte des § 139 HGB.[10]). Pflichtteilsberechtigte, Vermächtnisnehmer und Dritte, die nicht von Todes wegen Rechtsnachfolger sind (§ 331 BGB.), sind keine Erben und haben daher auch nicht die Rechte des § 139 HGB.[11]). Ist ein Pflichtteilsberechtigter jedoch als Erbe eingesetzt, sei es in Höhe seines Pflichtteils oder auf ein geringeres Erbteil, als sein Pflichtteil beträgt, so ist er Erbe und hat als solcher die Rechte des § 139 HGB.[12]).

Ein Nacherbe ist mit Eintritt der Nacherbschaft „Erbe", bis dahin der Vorerbe (§ 2100 BGB.). Demnach müßten dem Nacherben als „Erben" auch die Rechte des § 139 HGB. zustehen. Bei Entscheidung dieser Frage kommt es jedoch auf die Fassung der Fortsetzungsklausel an. Bestimmt diese, daß die OHG. nur mit dem Vorerben fortgesetzt werden soll, so hat nur dieser die Rechte des § 139 HGB. Tritt dann der Fall der Nacherbfolge ein, so hat der Nacherbe einen Anspruch auf die Abfindungssumme oder das Auseinandersetzungsguthaben, wenn der Vorerbe Gesellschafter geblieben oder Kommanditist geworden ist. Dieser Anspruch richtet sich gegen die Gesellschaft, wenn, was meistens der Fall sein wird, der Tod des Vorerben mit der Nacherbfolge zusammenfällt. Wenn der Vorerbe zur Zeit der Nacherbfolge noch lebt, richtet sich der Anspruch gegen den Vorerben. Ist der Vorerbe bereits aus der Gesellschaft ausgeschieden, so tritt der Nacherbe zur Gesellschaft in keine Beziehung. Der Gesellschaftsvertrag kann die Fortsetzung „nur" mit dem Nach-

9) A. a. O. § 139, 3b.

10) Düringer-Hachenburg, § 139, Anm. 10. Neufeld-Schwarz, § 139, Anm. 3. Ritter, § 139, 3b, und Staub, § 139, Anm. 4.

11) Ritter, § 139, 3b.

12) Düringer-Hachenburg, § 139, Anm. 12. Neufeld-Schwarz, § 139, Anm. 2. Staub, § 139, Anm. 4.

erben bestimmen. Dann kommt § 139 HGB. überhaupt nicht zur Anwendung. Oben[13]) war bereits erörtert worden, daß nach § 139 HGB. der Erbe sofort in die OHG. eintritt und nicht erst nach Ablauf einer Zeit. Die Nacherbfolge kann erst Jahre nach dem Tode des Erblassers eintreten. Für eine Anwendung des § 139 HGB. ist daher kein Raum[14]).

Endlich kann der Gesellschaftsvertrag bestimmen, daß die OHG. mit dem Vorerben und nach ihm mit dem Nacherben fortgesetzt werden soll. Hier wird zunächst der Vorerbe Mitglied der OHG. bis zum Eintritt der Nacherbfolge, von da an der Nacherbe. Eine Frage der Auslegung ist, ob der Vorerbe, wenn er zu dieser Zeit noch lebt, in der Gesellschaft verbleiben kann oder bei Eintritt des Nacherben ausscheiden muß[15]). Eine Ansicht[16]) vertritt hier den Standpunkt, daß dem Nacherben nicht die Rechte des § 139 HGB. zustehen. Er müsse die Rechtsstellung, die der Vorerbe sich durch Anwendung oder Nichtanwendung der Rechte des § 139 HGB. geschaffen habe, gegen sich gelten lassen. Das ergebe sich aus § 2112 BGB., der bestimme, daß der Vorerbe bis auf wenige Ausnahmen, zu denen § 139 HGB. nicht gehöre, über die Erbschaft frei verfügen könne. Wenn auch dieser Ansicht darin Recht zu geben ist, daß die Rechte aus § 139 HGB. nicht zu den Verfügungsbeschränkungen des § 2112 BGB. gehören, so widerspricht diese Lösung doch dem Zwecke des Gesetzes. Wenn beispielsweise der Vorerbe offener Handelsgesellschafter geblieben ist, dann müßte der Nacherbe in die Stellung des Vorerben eintreten und auch Gesellschafter werden mit der Haftung nach § 128 HGB., oder er müßte die Erbschaft ausschlagen (§ 1142 BGB.). Seine Stellung wäre also dieselbe, wie die eines Erben nach Artikel 123 ADHGB., und gerade zur Vermeidung dieses Übelstandes ist § 139 HGB. geschaffen worden. Der Nacherbe muß also, dem Zwecke des Gesetzes entsprechend, zum mindesten die Möglichkeit haben, seinen Ein-

13) Seite 29.

14) Aehnlich Lehmann-Ring, § 139, Nr. 1.

15) Lehmann-Ring, a. a. O.

16) Brand, § 139, 3b. Neufeld-Schwarz, § 139, 3. Ritter, § 139, 3b. Staub, § 139, Anm. 4. Pinkernelle, S. 50. Endemann, Bd. 5, S. 869.

tritt in die OHG. gemäß § 139 HGB. davon abhängig zu machen, daß ihm die Stellung eines Kommanditisten eingeräumt wird. Aber nur in diesem einen Falle, wenn der Vorerbe Gesellschafter geblieben ist, sind dem Nacherben die Rechte des § 139 HGB. zuzubilligen. Wenn der Vorerbe Kommanditist geworden ist, dann bleibt der Nacherbe ebenfalls Kommanditist; denn hier bedarf der Nacherbe keines besonderen Schutzes. Ist der Vorerbe aus der Gesellschaft ausgeschieden, so hat es dabei sein Bewenden. Der Nacherbe kann dann nur mit Zustimmung der übrigen Gesellschafter als Gesellschafter in die OHG. eintreten[17]).

Auf die Erbeserben kann die Fortsetzungsklausel nicht ausgedehnt werden. Zu einer solchen Erweiterung der Gesetzesvorschrift liegt auch kein Bedürfnis vor; denn der Fortbestand der Gesellschaft ist einstweilen durch den Eintritt des Erben genügend gesichert[18]).

Das Gesetz hat keine Bestimmung darüber getroffen, daß der Erbe besondere Eigenschaften haben muß. Wenn also der Gesellschaftsvertrag nicht das Vorhandensein von besonderen Eigenschaften des Erben zur Bedingung gemacht hat, ist die Fortsetzung auch möglich, wenn der Erbe minderjährig oder geisteskrank ist. In diesem Falle nimmt der gesetzliche Vertreter entsprechend den Vorschriften des BGB. die Rechte des Erben als Gesellschafter wahr[19]).

Für den Fall, daß sich der Erbe zur Zeit des Erbanfalles im Konkurse befindet, fehlt eine gesetzliche Bestimmung. Staub[20]) und Neufeld-Schwarz[21]) sind der Ansicht, daß eine Fortsetzung mit dem Erben dann unmöglich sei; denn der Konkurs löse die Gesellschaft auf. Dieser Ansicht ist nicht beizupflichten. Wenn das Gesetz in § 131, Abs. 5 HGB. bestimmt, daß die Gesellschaft im Falle des Konkurses eines Gesellschafters aufgelöst werden soll,

---

17) So auch Düringer-Hachenburg, § 139, Anm. 23. Makower, § 139, II, billigt dem Nacherben ohne weiteres die Rechte des § 139 HGB. zu, da er „Erbe" ist.

18) Lehmann-Ring, § 139, Nr. 1. Viezens, S. 116.

19) Ritter, § 139, 3b. Staub, § 139, Anm. 4.

20) A. a. O. § 139, Anm. 5.

21) A. a. O. § 139, 3.

so ist diese Bestimmung nur zu dem Zweck getroffen worden, daß das Vermögen des verschuldeten Gesellschafters, das in der OHG. steckt und durch das Prinzip der Gesamthand gebunden ist, zugunsten der Gläubiger frei gemacht wird [22]). Der Erbe befindet sich bereits im Konkurs, wenn er nach § 139 HGB. in die Gesellschaft eintritt. Seine Erbschaft fällt also nicht mehr in die Konkursmasse, da zu dieser gemäß § 1 KO. nur das zur Zeit der Eröffnung des Konkursverfahrens vorhandene Vermögen des Gemeinschuldners gehört. Eine Auflösung zu vorgenanntem Zwecke ist demnach nicht erforderlich. Der Anteil des Erben unterliegt unter den Beschränkungen des § 14 KO. dem Gläubigerzugriff [23]). Abgesehen von diesem rechtlichen Gesichtspunkte, wäre auch aus Billigkeitserwägungen so zu entscheiden. Eine Gesellschaft, bei der an einen Konkurs der Gesellschafter oder der Gesellschaft nicht zu denken ist, da es sich um ein sicheres Unternehmen handelt, und die sich durch die Fortsetzungsklausel gegen die durch den Tod eines Gesellschafters bedingte Auflösung gesichert glaubt, müßte plötzlich doch aufgelöst werden, weil der Erbe sich zufällig im Konkurs befindet. Das wäre unbillig. Der Gesellschaftsvertrag wird daher auch ausdrücklich bestimmen dürfen, daß im Falle des Konkurses des Erben die OHG. trotzdem mit ihm fortgesetzt werden soll [24]).

In der Literatur ist die Frage lebhaft umstritten, ob der Gesellschaftsvertrag die Fortsetzung der OHG. mit einem bestimmten Erben, insbesondere einem einzelnen Miterben, vorsehen kann oder nicht. Das Gesetz äußert sich nur dahin, daß die Fortsetzungsklausel die Fortsetzung der OHG. mit den „Erben" schlechthin anordnen muß. Es kann daher nicht darauf ankommen, ob die Fortsetzung auf einen bestimmten Erben beschränkt wird oder nicht. Der Berufene muß nur „Erbe" sein. Ein im Gesellschaftsvertrag zur Fortsetzung bestimmter einzelner Miterbe tritt also in die Gesellschaft

---

22) Düringer-Hachenburg, § 131, Anm. 8.

23) Düringer-Hachenburg, § 139, Anm. 7. Ritter, § 139, Anm. 3b.

24) Düringer-Hachenburg, § 139, Anm. 7. Ritter, § 139, 3b. Anderer Ansicht Staub, § 139, Anm. 5.

ein mit den Rechten des § 139 HGB.[25]). Wenn Düringer-Hachenburg[26]) behauptet, § 139 HGB. könne auf den einzelnen Miterben keine Anwendung finden, da hier keine Universalsukzession vorliege, so ist ihm entgegenzuhalten, daß nicht entscheidend ist, ob der Miterbe die ganze Erbschaft erhält oder nur einen Teil. In Höhe seines Anteils ist er „Erbe", und als solcher hat er die Rechte aus § 139 HGB.[27]).

Der Miterbe wird jedoch nur mit dem seinem Erbteil entsprechenden Anteil am Gesellschaftsguthaben und an der Einlage seines Erblassers Gesellschafter. Die übrigen Miterben müssen in Höhe ihres Anteils am Nachlasse von den Gesellschaftern entsprechend § 138 HGB. abgefunden werden[28]). Dagegen vertritt Riesenfeld[29]) die Ansicht, daß die Miterben nicht einen Anspruch gegen die Gesellschafter haben, sondern nur gegen den in der Fortsetzungsklausel bestimmten Miterben auf Abfindung in Höhe des Wertes des betr. Teiles des Nachlasses, da das Gesellschaftsguthaben durch den Gesellschaftsvertrag gebunden sei. Dann würde aber die Fortsetzungsklausel so auszulegen sein, daß der einzelne Miterbe nicht nur die Gesellschaft mit fortsetzen soll, sondern auch den ganzen Gesellschaftsanteil allein erhalten soll. Diese Auslegung des Gesellschaftsvertrages würde zu weit führen[30]).

Für einen Erben des verstorbenen Gesellschafters, der weiblichen Geschlechts ist, gelten die gleichen Grundsätze wie für den männlichen Erben. Ist die Erbin jedoch eine Ehefrau, so taucht im Hinblick auf § 105 HGB. die Frage auf, ob die OHG. mit ihr fortgesetzt werden kann, da das eingebrachte Gut einer Ehefrau nach familienrechtlichen Grund-

---

25) Brand, § 139, Anm. 2ba. Goldmann, § 139, Anm. 4. Lehmann-Ring, § 139, Nr. 1. Makower, § 139, Ib. Neufeld-Schwarz, § 139, Anm. 3. Riesenfeld, S. 245. Ritter, § 139, 3b, und Staub, § 139, Anm. 5.

26) A. a. O. § 139, Anm. 8.

27) Ritter, § 139, 3b.

28) Jonen, S. 61. Makower, § 139, Ib.

29) A. a. O. S. 245.

30) Jonen, S. 60.

sätzen nur beschränkt haftet. Düringer-Hachenburg[31]) vertritt hier den Standpunkt, daß die durch das eheliche Güterrecht begründete Haftungsbeschränkung nicht hindernd in Frage käme, da § 105 HGB. nur die gewillkürte Haftungsbeschränkung für unvereinbar mit dem Wesen der OHG. halte, nicht die gesetzliche. Seiner Ansicht ist beizupflichten, wenn auch aus anderer Begründung. Zur Annahme oder Ausschlagung einer Erbschaft bedarf die Frau nach § 1406 BGB. nicht der Zustimmung des Mannes. Nimmt sie eine Erbschaft an und fällt diese ins eingebrachte Gut, dann haftet sie nach § 1967 BGB. für die beim Erbfall vorhandenen Nachlaßschulden persönlich mit ihrem ganzen Vermögen, Vorbehaltsgut sowie eingebrachtem Gut. Wenn also die Frau mit Annahme der Erbschaft nach § 139 HGB. Gesellschafterin wird, dann haftet sie auch für alle Gesellschaftsschulden als Nachlaßschulden unbeschränkt, so daß § 105 HGB. der Fortsetzung der OHG. mit ihr nicht mehr im Wege steht[32]).

Eine weitere Frage ist, ob die Ehefrau die Rechte des § 139 HGB. ohne Zustimmung ihres Mannes geltend machen darf. Die Ausübung dieser Rechte durch die Ehefrau enthält wohl eine Verfügung über ihren Anteil am Gesellschaftsvermögen. Die Frau bedarf also zur Geltendmachung der Rechte des § 139 HGB. der Zustimmung des Mannes nach § 1396 BGB.[33]).

Der Erbe des verstorbenen Gesellschafters kann die Erbschaft ausschlagen. Dann tritt der nächste Anfallberechtigte in die Gesellschaft ein und hat die Rechte des § 139 HGB.

Denkbar ist der Fall, daß kein Anfallsberechtigter mehr vorhanden ist. Dann wird der Fiskus nach § 1936 BGB. gesetzlicher Erbe, ohne das Recht zu haben, die Erbschaft auszuschlagen (§ 1942, Abs. 2 BGB.). Aus der Tatsache, daß der Fiskus „Erbe" ist, folgern Biezens[34]) und Pinkernelle[35]), daß der Fiskus in die Gesellschaft als Ge-

31) A. a. O. § 139, Anm. 7, § 105, Anm. 12.
32) Ritter, § 139, 3b. Lehmann-Ring, § 139, Nr. 4.
33) A. A. Lehmann-Ring, § 139, Nr. 5.
34) A. a. O. S. 133.
35) A. a. O. S. 31.

sellschafter eintrete mit denselben Rechten wie jeder andere Erbe. Diese Ansicht erscheint abwegig. Wenn auch nach dem Gesetzeswortlaut der Fiskus Erbe ist, und nach den eben erörterten Grundsätzen jeder „Erbe" in die Gesellschaft eintritt mit den Rechten des § 139 HGB., so ist § 139 HGB. trotzdem nicht auf den Fiskus anwendbar. Gewiß findet § 139 HGB. auf jeden „Erben" Anwendung, aber auf jeden „Erben", der eine natürliche Person ist. Die erbrechtlichen Bestimmungen, daß der Staat gesetzlicher Erbe wird, wenn kein anderer Erbe vorhanden ist, sollen nur vermeiden, daß eine Erbschaft herrenlos wird, und ein Vermögenskomplex entsteht, auf den kein Mensch ein Anrecht hat. Der Fortbestand der Gesellschaft ist nicht gefährdet, wenn der Staat nicht Gesellschafter wird; denn die Fortsetzungsklausel des § 139 HGB. enthält gleichzeitig eine Bestimmung im Sinne des § 138 HGB. Aus diesen Gründen kann der Fiskus nicht Gesellschafter werden, auch kann er nicht die Rechte des § 139 HGB. geltend machen. § 139 HGB. kommt überhaupt nicht zur Anwendung [36]).

Der Gesellschaftsvertrag kann auch den Tod aller Gesellschafter ins Auge fassen. Dann kommt § 139 HGB. mehrfach zur Anwendung [37]).

II. Der Erbe als vorläufiges Mitglied.

1. Bei Erbschaftsanfall.

a) Der Erbe als Gesellschafter.

Bei Vorliegen der eben erörterten Voraussetzungen kann der Erbe sein „Verbleiben" in der OHG. davon abhängig machen, daß ihm die Stellung eines Kommanditisten eingeräumt wird (§ 139 HGB.). Der Erbe wird also zunächst Gesellschafter. Nach herrschender Meinung [38]), die zu billigen ist, vollzieht sich der Erbanfall als der Übergang der Erbschaft auf den Erben im Augenblicke des Erbfalles

---

36) Im Ergebnis ebenso: Düringer-Hachenburg, § 139, Anm. 11.

37) Staub, § 139, Anm. 5.

38) Vgl. statt vieler Planck, § 1922, Nr. 3. Binder, Erbrecht, Teil I, S. 76 ff. Endemann, Bd. 5, S. 6.

gemäß § 1922 BGB. unbeschadet des Rechtes, die Erbschaft auszuschlagen. Der Erbe wird also schon mit Erbfall und nicht erst nach Ablauf der Ausschlagungsfrist Mitglied der OHG.[39]). Diese Folge tritt kraft Gesetzes ein. Grundlage dieser gesetzlichen Regelung ist die vom Reichsgericht[40]) zu Art. 123_2 ADHGB. bezüglich der rechtlichen Konstruktion der Erbfolge in die Gesellschaftsrechte vertretene Gesetzestheorie. Die Gesetzestheorie besagt: Aus der Fassung des Art. 123_2 folgt, daß zwei Voraussetzungen für die Anwendung gegeben sein müssen: 1. das Bestehen eines Gesellschaftsvertrages mit der Bestimmung, daß die Gesellschaft nach dem Tode eines bestimmten oder mehrerer bestimmter Gesellschafter fortbestehen soll; 2. der Tod und die Beerbung des oder der in der Fortsetzungsklausel bestimmten Mitglieder. Wenn diese Voraussetzungen gegeben sind, besteht die Gesellschaft mit den Erben des Verstorbenen, welche von Gesetzes wegen Gesellschafter der OHG. werden, weiter. Im Ergebnis hat sich Biezens[41]) dieser Theorie angeschlossen. Doch begründet er seine Theorie: Der Erbe ist Gesamtrechtsnachfolger des Erblassers, und als solcher tritt er ein in die Rechte und Pflichten des Verstorbenen als Gesellschafter. Diese Rechte und Pflichten sind zwar grundsätzlich unvererblich, aber Art. 123_2 ADHGB. bildet eine Ausnahme dieses Grundsatzes und macht diese an sich unvererblichen Mitgliedschaftsrechte zu vererblichen.

Abgelehnt wurde vom Reichsgericht die bis dahin bestehende Erbrechtstheorie[42]). Diese Theorie besagt: Die Fortsetzungsklausel begründet unter den Mitgliedern der OHG. nur obligatorische Verpflichtungen. In diese Verpflichtungen des Erblassers tritt der Erbe mit dessen Tode ein. Gesellschafter und Erben sind sich nun gegenseitig verpflichtet und berechtigt, einen Gesellschaftsvertrag abzuschließen. Die Nichterfüllung dieser Verpflichtung macht schadensersatzpflichtig

39) Düringer-Hachenburg, § 139, Anm. 10. Goldmann, § 139, Anm. 12. Lehmann-Ring, § 139, Nr. 4. Makower, § 139, II. Neufeld-Schwarz, § 139, Anm. 4, und Staub, § 139, Anm. 4.

40) RGE. Bd. 16, S. 56.

41) A. a. O., S. 128.

42) RGE. Bd. 16, S. 52.

wie die Nichterfüllung einer gültig eingegangenen Vertragsverbindlichkeit.

Mit Rücksicht auf das Ausschlagungsrecht des Erben schließt das Gesetz in den §§ 1958 ff. BGB. die Folgen des endgültigen Erbschaftserwerbs teilweise aus. Dadurch bekommt der Erbe eine eigentümliche Stellung. Formell ist er Gesellschafter, materiell nicht. Vor Annahme der Erbschaft ist er nicht verpflichtet, für den Nachlaß zu sorgen (§ 1960 BGB.). Eine Verpflichtung im Sinne von § 137 HGB. tätig zu werden, trifft ihn nicht, da diese Bestimmungen nur dann zur Geltung kommen, wenn die Gesellschaft aufgelöst wird[43]). Selbst dann, wenn § 137 HGB. hier zuträfe, wäre der Erbe den Gesellschaftern gegenüber nur dann zur Vornahme irgendwelcher Gesellschaftsgeschäfte berechtigt, wenn Gefahr im Verzuge wäre, und die überlebenden Gesellschafter nicht selbst Vorsorge treffen könnten. Zunächst besorgen die überlebenden Gesellschafter die Geschäfte des Erblassers. Besorgt der Erbe von sich aus erbschaftliche Geschäfte, so ist er demjenigen gegenüber, welcher Erbe wird, sei es er selbst, oder der nächste Anfallberechtigte, wie ein Geschäftsführer ohne Auftrag berechtigt und verpflichtet (§ 1959 BGB.). Welche erbrechtlichen Geschäfte er vornehmen kann, ohne daß in ihrer Besorgung eine Annahme der Erbschaft zu erblicken ist, wird im Einzelfalle zu prüfen sein[44]). Wenn der Erbe aber die Rechte des § 139 HGB. geltend macht, dann ist darin eine Annahme der Erbschaft zu erblicken[45]).

b) Haftung des Erben.

Hier fragt es sich zunächst, ob für den Erben die Haftungsgrundsätze des Erbrechts oder des Handelsrechtes zur Anwendung kommen. Die Haftungsvorschriften des Erbrechtes gestatten dem Erben, seine Haftung auf die Mittel

---

43) Makower, § 139, II.

44) Lehmann-Ring, § 139, Nr. 3. Makower, § 139 II.

45) Düringer-Hachenburg, § 139, Anm. 10. Goldmann, § 139, 12. Neufeld-Schwarz, § 139, 3. Riesenfeld-S. 239. Staub, § 139, Anm. 4. A. A. Lehmann-Ring, § 139, Nr. 3.

des Nachlasses zu beschränken, während nach den Haftungsvorschriften des Handelsrechts der Erbe als Gesellschafter mit seinem ganzen Vermögen unbeschränkbar für alle Gesellschaftsschulden haften muß.

Zu Art. 123_2 ADHGB. bestand die Ansicht[46]), daß auf den Erben nur die Haftungsvorschriften des Handelsrechts Anwendung finden könnten, da die Unbeschränkbarkeit der Haftung wichtigstes Begriffsmerkmal der OHG. sei, und es daher nicht anginge, daß der Erbe als Gesellschafter nur beschränkt hafte.

Nach dem HGB.[47]) jedoch haftet der Erbe, solange seine Stellung zur Gesellschaft noch nicht feststeht, nach ausdrücklicher Bestimmung (§ 139_4 HGB.) nach den Vorschriften des Erbrechts, obgleich er vorläufig Gesellschafter ist. Unbeschränkt wird die Haftung des Erben erst dann, wenn seine Stellung als Gesellschafter eine endgültige geworden ist.

Zunächst ist das Handelsregister zu beachten. Einzutragen in das Handelsregister ist nur das Ausscheiden des verstorbenen Erblassers (§ 143 Abs. 2 HGB.)[48]). Obgleich die Gesellschaft mit dem Erben fortgesetzt werden soll, und dieser bereits Gesellschafter ist, braucht seine Eintragung als Gesellschafter noch nicht zu erfolgen, da noch nicht feststeht, ob der Erbe Gesellschafter bleibt, indem er die Erbschaft annimmt, oder nicht[49]). Der Erbe kann jedoch bereits eingetragen werden. Dann muß aber ein entsprechender Vermerk auf den Schwebezustand hinweisen[50]). Eine solche Eintragung wird erfolgen müssen, wenn nach Ausscheiden des Erblassers nur noch ein Gesellschafter vorhanden ist; denn ohne die Eintragung des Erben könnte ein Dritter nicht ersehen, ob die Gesellschaft aufgelöst ist oder nicht. In der Nichteintragung des Erben liegt keine Gefahr für einen gutgläubigen Dritten, da dieser aus der Eintragung des

---

46) RGE. Bd. 16, S. 58.

47) Vgl. S. 26.

48) Lehmann-Ring, § 139, Nr. 12. A. A. Neufeld-Schwarz, § 139, 5. Staub, § 139, Anm. 26.

49) Lehmann-Ring a. a. O. Neufeld-Schwarz a. a. O.

50) Lehmann-Ring a. a. O. Staub a. a. O. Wieland, § 61, S. 687.

Ausscheidens des verstorbenen Erblassers ersieht, daß die Gesellschaft fortgesetzt wird. Über die Stellung des Erben bleibt er allerdings im Unklaren, aber dessen Stellung ist auch noch nicht geklärt. Düringer-Hachenburg[51]), Brand[52]) und Ritter[53]) vertreten den gegenteiligen Standpunkt. Nach ihrer Ansicht muß außer dem Ausscheiden des Erblassers (§ 143 Abs. 2 HGB.) auch der Eintritt des Erben als eines neuen Handelsgesellschafters nach § 107 HGB. zur Eintragung angemeldet werden. Dann müßte der Erbe aber auch wie ein Gesellschafter haften, und das liegt nicht im Sinne des Gesetzes.

Vor Ablauf der Ausschlagungsfrist können die Gesellschaftsgläubiger nicht gegen den Erben vorgehen. Die Gesellschaftsschulden sind für den Erben Nachlaßschulden, und deren Befriedigung kann er bis zum Ende der Ausschlagungsfrist verweigern (§ 1958 BGB.)[54]). Die Gläubiger sind gezwungen, die Bestellung eines Nachlaßpflegers zu beantragen (§ 1961 BGB.) und gegen diesen gerichtlich vorzugehen (§ 1960 Abs. 3 BGB., § 778 ZPO.). Ist ein Testamentsvollstrecker bestellt, so gilt dasselbe (§ 2113 Abs. 2 BGB. und § 778 ZPO.).

c) Stellung des Erben bei Ausschlagung der Erbschaft.

Wenn der Erbe die Erbschaft ausschlägt, dann gilt der Anfall an den Ausschlagenden als nicht erfolgt (§ 1953 BGB.). Der Erbe ist also nach gesetzlicher Fiktion nie „Erbe" und Gesellschafter gewesen[55]). Hat er erbrechtliche Geschäfte besorgt, dann ist er dem nächstberufenen Erben gegenüber wie ein auftragsloser Geschäftsführer berechtigt und verpflichtet (§ 1959 Abs. 1 BGB.). Den Gesellschaftern gegenüber haftet der Erbe nach § 708 BGB.; denn er ist immerhin, wenn auch nur kurze Zeit, Gesellschafter gewesen. An seiner Stelle wird der nächstberufene Erbe Gesellschafter.

---

51) A. a. O. § 139, Anm. 32.
52) A. a. O. § 139, Nr. 7.
53) A. a. O. § 139, 3a.
54) Lehmann-Ring, § 139, Nr. 6. Riesenfeld, S. 239. RGE. Bd. 79, S. 203.
55) Lehmann-Ring, § 139, Nr. 3.

Sollte nach dem Gesellschaftsvertrag die Gesellschaft nur mit dem durch Ausschlagung fortgefallenen Erben fortgesetzt werden, so wird die Gesellschaft aufgelöst[56]).

2. Stellung des Erben innerhalb der Dreimonatsfrist des § 139 HGB.

a) Rechte des Erben nach § 139 HGB.

Als endgültiger „Erbe" hat der Erbe folgende Rechte:

1. Er kann in der Gesellschaft als Gesellschafter verbleiben.

2. Er kann den übrigen Gesellschaftern anbieten, mit seiner ererbten Einlage Kommanditist zu werden.

3. Er kann, wenn dieser Antrag abgelehnt wird, aus der Gesellschaft ausscheiden.

Die Geltendmachung dieser Rechte ist an eine Frist von 3 Monaten gebunden, die von dem Zeitpunkt an rechnet, in dem der Erbe von dem Anfall der Erbschaft Kenntnis erlangt hat (§ 139_3 HGB.). Die Frist verlängert sich aber, wenn der Erbe beim Ablauf der 3 Monate das Recht zur Ausschlagung der Erbschaft noch nicht verloren hat. Auf den Lauf der Frist finden die Vorschriften des § 206 BGB. entsprechende Anwendung.

Wenn mehrere Miterben anstelle des Erblassers in die Gesellschaft als Gesellschafter eintreten, wird die Frage von Bedeutung, ob alle die Rechte des § 139 HGB. ausüben können oder nur einzelne. Die Frage ist mit der herrschenden Meinung[57]) dahin zu entscheiden, daß jedem Einzelnen die Rechte aus § 139 HGB. zustehen; denn jeder tritt nach Maßgabe seines Anteils und des Gesellschaftsvertrages als vollberechtigter und vollverpflichteter Gesellschafter in die OHG. ein. Das ergibt sich auch aus dem Wortlaut des § 139, Abs. 1 HGB., worin es heißt, daß „jeder Erbe" die dort bezeichneten Rechte haben soll[58]).

---

56) Lehmann-Ring, § 139, Nr. 3. Viezens, S. 133.

57) Brand, § 139, 3a. Düringer-Hachenburg, § 139, Anm. 15. Goldmann, § 139, 13. Lehmann-Ring, § 139, Nr. 2. Neufeld-Schwarz, § 139, Anm. 4. Ritter, § 139, 4. Staub, § 139, Anm. 14. Viezens, S. 144. Endemann, Bd. 5, 2. Hälfte, S. 869.

58) Riesenfeld, S. 241.

In diesem Zusammenhang ist auch die Streitfrage zu erörtern, wann von den einzelnen Miterben die Rechte des § 139 HGB. ausgeübt werden können, ob schon, solange der Nachlaß noch ungeteilt ist, oder erst nach der Auseinandersetzung. Staub[59]) geht davon aus, daß der Nachlaß gemeinschaftliches Vermögen der Erben werde (§ 2032 Abs. 1 BGB.), und der einzelne Erbe über seinen Anteil an den einzelnen Nachlaßgegenständen nicht selbständig verfügen dürfe (§ 2033 BGB.). Daher können die Miterben die Rechte des § 139 HGB. nur ausüben, wenn sie sich bereits auseinandergesetzt haben, da die Rechte aus § 139 HGB. als Verfügungen im Sinne des § 2033 BGB. anzusehen seien. Staub steht die herrschende Meinung[60]) gegenüber, die die erbrechtlichen Vorschriften auf diesen Fall nicht für anwendbar hält und § 139 HGB. insoweit für „lex specialis" ansieht mit dem Ergebnis, daß jeder Miterbe auch schon vor der Teilung des Nachlasses in der Lage ist, die Rechte aus § 139 HGB. auszuüben. Dieser Ansicht ist zu folgen, und zwar aus folgenden Gründen: Die Teilung des Nachlasses hat eine verstärkte Haftung der Miterben zur Folge; denn die Miterben können nach der Teilung nicht mehr die Berichtigung der Nachlaßverbindlichkeiten aus ihrem eigenen Vermögen verweigern (§ 2059 BGB.). Daher werden einzelne Miterben mit einer beschleunigten Teilung des Nachlasses nicht einverstanden sein. Die Auseinandersetzung kann sich in solchem Falle über die Dreimonatsfrist des § 139 HGB. hinausziehen und die Folge wäre, daß die Miterben alle Gesellschafter bleiben müßten ohne die Möglichkeit, Kommanditisten werden zu können[61]).

Rein theoretisch besteht auch die Möglichkeit, daß der Erblasser nach § 2044 BGB. durch letztwillige Verfügung die Auseinandersetzung auf lange Sicht hinausschieben kann. Dann würden die Miterben in Verfolgung der Ansicht

---

59) A. a. O. § 139, Anm. 7.

60) Düringer-Hachenburg, § 139, Nr. 22. Makower, § 139, III c. Pinkernelle, S. 66. Riesenfeld, S. 241. Ritter, § 139, 4b cc.

61) Jonen, S. 81. Düringer-Hachenburg, § 139, Anm. 22.

Staubs überhaupt nicht die Möglichkeit haben, die Rechte des § 139 HGB. auszuüben.

b) Vererbung der Rechte und Pflichten des Erblassers.

α) Stellung des Erben zu den Gesellschaftern.

Innerhalb der drei Monate währenden Überlegungsfrist des § 139 HGB. ist der Erbe Gesellschafter. Der Grundsatz der Unvererblichkeit der Mitgliedschaftsrechte wird im Falle des § 139 HGB. durch den Gesellschaftsvertrag durchbrochen. Die Mitgliedschaftsrechte des Erblassers gehen gemäß § 1922 BGB., § 139 HGB. auf den Erben über. In der Literatur ist es streitig, ob die Mitgliedschaftsrechte des Erblassers generell auf den Erben übergehen, oder ob das Recht des Erblassers zur Geschäftsführung und Vertretung von dem Übergang auszuschließen ist. Diese Frage muß mit der herrschenden Meinung[62]) dahin entschieden werden, daß das Recht zur Vertretung nicht im Wege der Erbfolge auf den Erben übergeht, da dieses Recht auf persönlichem Vertrauen beruht. Außerdem spricht § 139 HGB. von der Nachfolge in dieses Recht nicht. Der Erbe als Gesellschafter kann nur dann Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis ohne Rücksicht darauf, ob sie dem Erblasser zustand oder nicht, erwerben, wenn diese allen Gesellschaftern zusteht; denn dann steht sie dem Erben kraft Gesetzes als Gesellschafter zu. Ist nur einzelnen Gesellschaftern das Recht gegeben, so gilt das auch für den Erben, gleichviel ob der Erblasser zu den Ausgeschlossenen gehört hat oder nicht.

Gegen diese Ansicht wendet sich Düringer-Hachenburg[63]), der sich der für das ADHGB. von Viezens[64]) vertretenen Ansicht anschließt, indem er ausführt: Die Mißstände, die durch den Übergang der Geschäftsführungs und Vertretungsbefugnisse entstehen können, vermeide auch die herrschende Ansicht nicht und zwar gerade nicht in dem Falle, daß es bei der gesetzlichen Regelung verblieben sei.

---

62) Brand, § 139, Anm. 4cβαα. Lehmann-Ring, § 139, Anm. 10a. Staub, § 139, Anm. 14. Zitelmann, S. 196. Wieland, § 61, S. 688.

63) A. a. O. § 139, Anm. 14.

64) A. a. O. S. 130, 145.

Eine Unterscheidung der beiden Fälle sei daher nicht einzusehen. Außerdem sei zu berücksichtigen, daß der Erblasser nicht nur das Recht, sondern auch die Pflicht zur Geschäftsführung gehabt habe. Diese Pflicht sei nicht selten die Hauptvertragspflicht des Erblassers gewesen, und unter ihrer Berücksichtigung sei beispielsweise der Gewinnanteil des Erblassers besonders hoch angesetzt worden. Wenn nun einige Gesellschafter von der Geschäftsführung ausgeschlossen seien, sei es unbillig, dem Erben diesen Gewinnanteil seines Erblassers zu belassen, ohne daß er auch dessen Pflichten zu erfüllen habe. Der Erbe trete daher voll und ganz in dieselbe Stellung des Erblassers ein, die dieser innerhalb der OHG. gehabt habe. Wenn der Erbe die Geschäftsführungspflicht des Erblassers nicht erfüllen könne, sei den Gesellschaftern immer noch die Möglichkeit gegeben, dem Erben die Befugnisse durch Richterspruch entziehen zu lassen (§ 117, 127 HGB.), oder die Gesellschaft aufzulösen (§ 130 HGB.) oder den neuen Gesellschafter ausschließen zu lassen (§ 140 HGB.)[65]. Wenn auch Düringer-Hachenburg insoweit Recht zu geben ist, als die herrschende Ansicht auch nicht die Mißstände, die durch den Übergang der Befugnisse entstehen können, vermeidet, so sind trotzdem beide Fälle grundsätzlich zu unterscheiden. Hatten nur einzelne Gesellschafter das Recht zur Vertretung, so ist ihnen dieses Recht mit Rücksicht auf ihre persönliche Tüchtigkeit oder geschäftliche Erfahrung verliehen worden, ist also nach dem Willen der überlebenden Gesellschafter an die Person geknüpft und muß daher mit dem Tode des Betreffenden erlöschen. Stand dagegen das Recht zur Vertretung allen Gesellschaftern zu, so ist diese Regelung so auszulegen, daß jeder Gesellschafter als Gesellschafter das Recht zur Vertretung haben sollte ohne Rücksicht auf besondere Fähigkeiten. Infolgedessen muß der Erbe als Gesellschafter genau so gestellt werden wie die übrigen Gesellschafter. Auch die von Düringer-Hachenburg angeführten Billigkeitserwägungen können keine durchschlagende Bedeutung haben; denn die Gesellschafter können entweder in der Fortsetzungsklausel oder später eine Herabsetzung des Gewinnanteils des Erben vereinbaren.

---

65) Derselben Ansicht Ritter, § 139, 4ba.

Selbst dann, wenn sie eine solche Vereinbarung nicht treffen, ist der Schaden, den sie durch Auszahlung eines gegenüber der Tätigkeit des Erben unangemessenen Gewinnanteils erleiden, immer noch gering gegen den, den die Gesellschaft durch einen ungeeigneten Erben, der dieselbe Geschäftsführungsbefugnis des Erblassers hat, erleiden kann. Die von Düringer-Hachenburg herangezogenen §§ 117, 127, 130, 140 HGB. bieten den Gesellschaftern auch nur eine geringe Sicherheit; denn bis die Voraussetzungen dieser Paragraphen gegeben sind, kann ein untüchtiger Erbe durch seine Geschäftsführung der Gesellschaft bereits nicht wiedergutzumachenden Schaden zugefügt haben. Schwierigkeiten bietet die hier vertretene Ansicht dann, wenn der Erblasser allein geschäftsführender Gesellschafter war. Da mit seinem Tode die Geschäftsführungsbefugnis erlischt, ist, bis eine neue Regelung getroffen ist, keiner zur Führung der Gesellschaftsgeschäfte berechtigt[66]). Während dieser Zeit muß der Erbe ausnahmsweise in entsprechender Anwendung des § 137 HGB. die Geschäfte, die seinem Erblasser oblagen, fortführen; denn es kann nicht angehen, daß die Gesellschaftsgeschäfte eine Zeitlang völlig ruhen. Zu dieser Interimsgeschäftsführung ist der Erbe nur als „Erbe" verpflichtet und haftet auch nur als solcher[67]). Diese Regelung greift jedoch nur Platz, wenn der Gesellschaftsvertrag keine näheren Bestimmungen über die Vererblichkeit der Mitgliedschaftsrechte des Erblassers enthält. Der Gesellschaftsvertrag kann jegliche Abänderung der eben geschilderten Grundsätze vorsehen[68]).

β) Haftung.

Für den Handelsregistereintrag gelten dieselben Grundsätze, wie sie auf Seite 39 für die Zeit zwischen Erbanfall und Ausschlagungsfrist erörtert sind. Auch hier steht die endgültige Stellung des Erben noch nicht fest, und es bleibt bei der während der Ausschlagungsfrist erfolgten Eintragung. Zu der Haftungsfrage nimmt in diesem Falle jedoch das Gesetz ausdrücklich Stellung und hat im Interesse des

66) Lehmann-Ring, § 139, Nr. 10a, § 117, Nr. 5.
67) Vgl. S. 19. Jonen, S. 75.
68) Düringer-Hachenburg, § 139, Anm. 14. Staub, § 139, Anm. 14, Viezens, S. 145.

Erben im § 139 HGB. die Sonderregelung getroffen, daß der Erbe für die bis dahin entstandenen Gesellschaftsschulden nur nach Maßgabe der die Haftung des Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten betr. Vorschriften des Bürgerlichen Rechts haftet.

3. Der Erbe scheidet während der Schwebezeit aus der OHG. aus.

Der Erbe muß den Antrag auf Einräumung der Stellung eines Kommanditisten an alle Gesellschafter richten. Das geht aus den Worten des § 139, Abs. 2, nehmen die „übrigen Gesellschafter" einen dahingehenden Antrag nicht an, hervor. Eine bestimmte Form ist für den Antrag nicht vorgeschrieben. Er kann schriftlich oder mündlich, unter Anwesenden oder unter Abwesenden gestellt werden. Der Antrag ist eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung nach § 130—132 BGB.[69]). Wenn die Gesellschafter den Antrag des Erben nicht annehmen, kann der Erbe entweder in der OHG. als Gesellschafter verbleiben, oder er kann seinen Austritt aus der OHG. erklären. Diese Erklärung muß der Erbe allen Gesellschaftern gegenüber abgeben. Ebenso wie der Antrag auf Einräumung der Kommanditistenstellung ist diese Erklärung eine empfangsbedürftige Willenserklärung im Sinne von § 130—132 BGB. Die Austrittserklärung muß ebenfalls innerhalb der Dreimonatsfrist abgegeben werden, sonst ist sie nicht wirksam und der Erbe bleibt Gesellschafter[70]). Mit Zugang der Austrittserklärung an den letzten Gesellschafter scheidet der Erbe aus der Gesellschaft aus. Die Gesellschaft wird dann unter den überlebenden Gesellschaftern fortgesetzt[71]). Dagegen ist

69) Brand, § 139, 4a. Düringer-Hachenburg, § 139, Anm. 18. Lehmann-Ring, § 139, Nr. 5. Makower, § 139, III d. Neufeld-Schwarz, § 139, Anm. 6. Pinkernelle, S. 56. Staub, § 139, Anm. 8. Goldmann, § 139, Anm. 15.

70) Brand, § 139, 4b. Düringer-Hachenburg, § 139, Anm. 25. Goldmann, § 139, 21. Makower, § 139, III d. Staub, § 139, Anm. 10.

71) Düringer-Hachenburg, § 139, Anm. 26. Makower, § 139, IV c. Neufeld-Schwarz, § 139, Anm. 7. Ritter, § 139, Anm. 5.

Staub[72]) der Ansicht, daß die Gesellschaft unter den überlebenden Gesellschaftern nur dann fortgesetzt werden könne, falls dies im Gesellschaftsvertrage vorgesehen, oder diese Absicht aus dem Vertrage zu entnehmen sei, oder die Gesellschafter nach Ausscheiden des Erben die Fortsetzung vereinbaren[73]). Andernfalls werde die Gesellschaft aufgelöst, Auflösungsgrund sei der Tod des Gesellschafters. Staub ist entgegenzuhalten, daß die Gesellschaft zunächst doch, wie in der Fortsetzungsklausel bestimmt war, nach dem Tode des Gesellschafters mit dessen Erben fortgesetzt ist. Dann kann aber der Tod des Gesellschafters nicht mehr Auflösungsgrund sein. Die Ablehnung dieser Ansicht ergibt sich auch schon aus dem Wortlaut des Gesetzes. Wenn § 139 HGB. von „Ausscheiden" des Erben spricht, so ist darunter zu verstehen, daß der Fortbestand der Gesellschaft unberührt bleibt, und sich nur die Anzahl der Mitglieder vermindert (vgl. § 738 BGB.). Als ausscheidender Gesellschafter hat der Erbe die bereits im ersten Abschnitt geschilderten Rechte, auf die hier verwiesen wird. Der Berechnung des Abfindungsguthabens ist jedoch im Gegensatz zu dort nicht der Zeitpunkt des Erbanfalls, sondern der Zugang der Austrittserklärung an die Gesellschafter zugrunde zu legen[74]).

Nicht selten kann der Fall eintreten, daß mit Ausscheiden des Erben die Gesellschaft aufhört, eine Gesellschaft zu sein, da nur ein Gesellschafter übrigbleibt. Die Umwandlung in eine Liquidationsgesellschaft mit einem Gesellschafter ist begrifflich undenkbar. Auch eine Liquidationsgesellschaft zwischen Erben und Gesellschafter ist unmöglich, da der Erbe aus der Gesellschaft ausgeschieden ist. Dem Sinne der Fortsetzungsklausel, die auch die Erhaltung des Geschäfts in der Hand des überlebenden Gesellschafters beabsichtigt, entsprechend muß in diesem Falle dem überlebenden Gesellschafter gestattet sein, das Geschäft mit Aktiven und Passiven zu übernehmen und dem Erben das Auseinandersetzungsguthaben auszuzahlen. Daher geht nach Staub[75]) das Ge-

72) A. a. O. § 139, Anm. 20.

73) Ebenso Brand, § 139, 4cβ, ββ.

74) Düringer-Hachenburg, § 139, Anm. 27. Ritter, § 139, 5.

75) A. a. O. § 139, Anm. 20.

schäft mit Aktiven und Passiven in analoger Anwendung des § 142 HGB. auf den überlebenden Gesellschafter über[76]). Der Übergang läßt sich jedoch aus dem Gesetze selbst rechtfertigen. Mit Ausscheiden des Erben wächst dem überlebenden Gesellschafter der Anteil des Erben gemäß § 738 BGB. an. Er wird kraft Gesetzes Alleininhaber des Vermögens mit Aktiven und Passiven und hat den Erben nach den Vorschriften der §§ 738, 740 BGB. abzufinden.

Haftung.

Die Haftung des Erben für Gesellschaftsschulden, die bis zu seinem Ausscheiden entstanden sind, ergibt sich aus § 139, Abs. 4 HGB. Er haftet mit den Gesellschaftern gesamtschuldnerisch aber nur wie ein Erbe mit dem Nachlaß. Für Gesellschaftsschulden, die nach seinem Ausscheiden entstanden sind, haftet der Erbe nicht, da er nicht mehr Gesellschafter ist. Doch ist hier das Handelsregister zu beachten. Die Schwebezeit, in der eine Eintragung des Erben nicht erforderlich war, da seine endgültige Stellung noch ungewiß war, endet mit seinem Ausscheiden und mit ihr auch die Haftung nach erbrechtlichen Vorschriften. Von da ab treten die Rechtswirkungen des § 15 HGB. in vollem Umfange wieder ein. Wird also das Ausscheiden des Erben aus der OHG. nicht eingetragen, dann kann ein Gläubiger, der von der Mitgliedschaft des Erben irgendwie erfahren hat, auf dessen Haftung vertrauen. Die Folge ist, daß der Erbe für alle nach seinem Ausscheiden eingegangenen Gesellschaftsschulden wie ein Gesellschafter haftet (§ 128 HGB.). Dem Erben wird daher sehr viel daran liegen, sobald wie möglich die Eintragung seines Ausscheidens aus der OHG. herbeizuführen, da seine Haftung erst von diesem Zeitpunkt ab entfällt[77]).

4. Die OHG. wird während der Schwebezeit aufgelöst.

Die Auflösung der Gesellschaft kann aus verschiedenen Gründen erfolgen. Ein weiterer Gesellschafter kann sterben,

76) Ebenso Düringer-Hachenburg, § 139, Anm. 20. Brand, § 139 c,β, ββ. Ritter, § 139, Anm. 5. Wieland, S. 723, § 65.

77) Neufeld-Schwarz, § 139, Anm. 7. Staub, § 139, Anm. 19.

die Gesellschaft oder ein Gesellschafter können in Konkurs geraten, ein Gläubiger kann die Gesellschaft kündigen, die Vertragszeit kann abgelaufen sein usw.[78]). An eine Fortsetzung der Gesellschaft mit dem Erben ist nicht mehr zu denken; denn die Bestimmung des Gesellschaftsvertrages, daß die Gesellschaft mit den Erben des verstorbenen Gesellschafters fortgesetzt werden soll, ist durch die Auflösung gegenstandslos geworden. Die in § 139, Abs. 1—3 HGB. bezeichneten Rechte stehen dem Erben nicht mehr zu. Die Gesellschaft wird zur Liquidationsgesellschaft. Jedoch wird hier der Erbe im Gegensatz zum Falle der Auflösung (§ 1, wenn keine Bestimmung im Gesellschaftsvertrag enthalten war) Liquidator mit allen Rechten und Pflichten eines solchen im Sinne der §§ 145 ff. HGB. Durch die Fortsetzungsklausel ist der Erbe zunächst provisorisch Gesellschafter geworden. Mit der Auflösung der Gesellschaft hat dieser provisorische Zustand vorzeitig ein Ende gefunden, und der Erbe wird endgültig Mitglied der Gesellschaft, und zwar der Liquidationsgesellschaft[79]).

Die Haftung des Erben erfährt hier eine Abänderung durch das Gesetz. An sich müßte der Erbe, da er Gesellschafter geworden ist, für alle Schulden, gleich ob sie vor der Auflösung der OHG. entstanden sind oder während der Liquidation entstehen, auch als Gesellschafter nach § 128 HGB. mit seinem ganzen Vermögen einstehen. Doch bestimmt das Gesetz im § 139 Abs. 4, daß der Erbe für alle vor der Auflösung eingegangenen Verbindlichkeiten wohl als Gesellschafter aber nur mit dem Nachlaß haftet.

Die Haftung des Erben für Schulden nach Auflösung der OHG. während der Liquidation regelt das Gesetz nicht. Gerade aus der Tatsache, daß das Gesetz die Haftung nur für die Schwebezeit regelt, zieht Staub[80]) die Folgerung, daß das Gesetz die Sonderregelung nur auf die Schwebezeit habe beschränken wollen. Für die späteren Schulden müßten

78) Brand, § 139, 5. Düringer-Hachenburg, § 139, Anm. 30. Neufeld-Schwarz, § 139, Anm. 8. Ritter, § 139, 8, und Staub, § 139, Anm. 21.

79) Düringer-Hachenburg, § 139, Anm. 30. Neufeld-Schwarz, § 139, Anm. 8. Staub, § 139, Anm. 21.

80) A. a. O. § 139, Anm. 21.

daher die sonstigen Gesetzesvorschriften zur Anwendung kommen mit der Maßgabe, daß der Gesellschafter gewordene Erbe nach § 128 HGB. für die während der Liquidation eingegangenen Verbindlichkeiten hafte. Diese Auslegung könnte den Erben in eine mißliche Lage bringen. Er hat vielleicht bereits den Antrag auf Einräumung der Kommanditistenstellung gestellt und wird nun plötzlich wider seinen Willen Gesellschafter mit der persönlichen Haftung des § 128 HGB. und obendrein noch ohne die Möglichkeit, der persönlichen Haftung durch Ausschlagung der Erbschaft entgehen zu können, da in der Geltendmachung der Rechte des § 139 HGB. die Annahme der Erbschaft zu erblicken ist. Eine solche Regelung würde dem Sinne des Gesetzes widersprechen; denn das Gesetz will doch offenbar in § 139 Abs. 4 HGB. den Erben, der nicht endgültig offener Handelsgesellschafter geworden ist, wegen seiner nur vorübergehenden Mitgliedschaft vor der unbeschränkten persönlichen Haftung schützen [81]). Aus diesem Grunde ist der herrschenden Ansicht [82]) zu folgen mit dem Ergebnis, daß der Erbe für während der Liquidation entstandene Gesellschaftsschulden auch nur wie für Nachlaßschulden mit dem Nachlaß haftet.

Doch ist der Handelsregistereintrag zu berücksichtigen. Die Rechtslage ist ähnlich wie die beim Ausscheiden des Erben während der Schwebezeit. Die Schwebezeit wird vorzeitig beendet, und der Erbe tritt dadurch in eine endgültige Beziehung zur Gesellschaft. Der Erbe muß daher Sorge tragen, daß die Auflösung der Gesellschaft sobald wie möglich eingetragen wird, da er sonst für Schulden, die nach der Auflösung entstanden sind, nach § 128, § 15 HGB. einstehen muß.

Die im Vorstehenden aufgestellten Grundsätze gelten nur dann, wenn der Erbe von den ihm nach § 139 HGB. zustehenden Rechten überhaupt noch keinen Gebrauch gemacht hat oder den Antrag auf Einräumung der Kommanditisten-

81) Düringer-Hachenburg, § 139, Anm. 30.

82) Brand, § 139,5. Düringer Hachenburg a. a. O. Goldmann, § 139, Nr. 34. Lehmann-Ring, § 139, Nr. 9. Jonen, S. 40. Makower, § 139, IVd. Neufeld-Schwarz, § 139, Anm. 8. Ritter, § 139, Anm. 7. RGE. Bd. 72, S. 121.

stellung gestellt hat. Im Falle, daß der Erbe während der Schwebezeit vor der Auflösung ausdrücklich erklärt hat, er bleibe offener Handelsgesellschafter, liegt kein Grund vor, ihm die persönliche Haftung für die Gesellschaftsschulden abzunehmen, da er ja auch bei Fortbestehen der Gesellschaft für alle Schulden nach § 128 HGB. als offener Handelsgesellschafter hätte einstehen müssen [83]).

III. Der Erbe als endgültiges Mitglied.

Der Erbe kann, wenn die Gesellschafter seinen Kommanditistenantrag ablehnen, als offener Handelsgesellschafter in der OHG. verbleiben. Es ist nicht nötig, daß der Erbe eine dahingehende Erklärung ausdrücklich abgibt. Durch Ablauf der im § 139 HGB. vorgesehenen Fristen, ohne daß der Erbe die Rechte des § 139 HGB. ausübt, wird der Erbe automatisch endgültiges Mitglied der OHG. Seine Stellung unterscheidet sich in nichts von der der übrigen Gesellschafter. Dasselbe gilt für Miterben. Wie bereits erörtert [84]), kann jeder einzelne Miterbe die Rechte des § 139 HGB. geltend machen. Die Miterben, die also die Stellung eines offenen Handelsgesellschafters gewählt haben, haben jetzt alle Rechte und Pflichten eines solchen [85]). Auf jeden Miterben wie auf den einzelnen Erben finden jetzt die Vorschriften der §§ 109 ff. HGB. Anwendung. Über seinen Eintritt in die Rechte und Pflichten des Erblassers vgl. die Ausführungen auf Seite 43 ff. Die Höhe seiner Einlage und seines Gewinnanteils bestimmen sich in erster Linie nach dem Gesellschaftsvertrag. Trifft dieser keine Bestimmungen, so nimmt der Erbe mit derselben Einlage und demselben Gewinnanteil des Erblassers gemäß § 1922 BGB. an der OHG. teil. Mehrere Miterben beteiligen sich in Höhe ihres Anteils am Nachlaß an der Gesellschaft.

Die wichtigste Folge, die sich für den Erben aus seiner nunmehr endgültigen Gesellschafterstellung ergibt, ist die Haftung als Gesellschafter (§ 128 HGB.) für die Gesell-

---

83) Düringer-Hachenburg, § 139, Anm. 30. Lehmann-Ring, § 139, Nr. 9.

84) Vgl. S. 41.

85) Wieland, § 61, S. 689.

schaftsschulden. Mit Beendigung des Schwebezustandes fallen alle bisherigen Haftungsbeschränkungen des Erben insbesondere aus § 139 Abs. 4 HGB. fort, und er haftet für alle gegenwärtigen und zukünftigen Verbindlichkeiten der Gesellschaft persönlich mit seinem ganzen Vermögen. Diese Haftung erstreckt sich auch auf die während der Schwebezeit entstandenen Gesellschaftsschulden.

Nur für Schulden des Erblassers, die nicht Gesellschaftsschulden sind, verbleibt es bei den allgemeinen Haftungsgrundsätzen der §§ 1967, 1975 ff. BGB. Jetzt muß auch die Stellung des Erben als Gesellschafter zur Eintragung ins Handelsregister angemeldet werden. Ein Verzicht des Erben hierauf ist rechtsungültig [86]).

§ 5.

B. Der Erbe als Kommanditist.

I. Allgemein.

Der Antrag des Erben auf Einräumung der Stellung eines Kommanditisten muß von allen Gesellschaftern gemeinschaftlich angenommen werden. Schweigen gilt als Ablehnung, und die Ablehnung auch nur eines Gesellschafters macht die Annahme unmöglich [87]). Mit der Annahme des Antrages wird der Erbe Kommanditist, und die OHG. verwandelt sich in eine Kommanditgesellschaft, ohne daß ihre Identität beeinträchtigt wird, nur der rechtliche Charakter verändert sich [88]).

Als Kommanditeinlage des Erben bestimmt § 139 HGB. „den auf den Erben fallenden Teil der Einlage des Erblassers". Das Gesetz spricht nur noch in § 111 HGB. von der „Einlage" eines Gesellschafters. Unter „Einlage" ist zunächst die einmalig von einem Gesellschafter einzuzahlende

---

86) Staub, § 139, Anm. 14.

87) Düringer-Hachenburg, § 139, Anm. 19. Neufeld-Schwarz, § 139, Anm. 6. Ritter, § 139, 5.

88) Brand, § 139, 4 c α. Düringer-Hachenburg, § 139, Anm. 19. Lehmann-Ring, § 139, Nr. 7; § 162, Nr. 4. Neufeld-Schwarz, § 139, Anm. 6. Staub, § 139, Anm. 17. RGE. Bd. 55, S. 128.

Geldsumme zu verstehen, mit der er sich an der Gesellschaft beteiligt. Dann aber kann sich ein Gesellschafter auch mit Hingabe von Sachen zur Benutzung durch die Gesellschaft oder mit Leistung von Diensten an der Gesellschaft beteiligen. In diesem Falle wird der in Geld abgeschätzte Wert seiner Beteiligung als „Einlage" angesehen. Mit dem Beginn der Gesellschaftsgeschäfte verliert die Einlage ihre Bedeutung als solche und wird für den Gesellschafter zu einem Rechnungsposten, dessen Bestand sich durch Zu- und Abschreibungen von Gewinnen und Verlusten oder Geldentnahmen dauernd ändert. Von dem Guthaben, das der Gesellschafter dadurch erwirbt, spricht das Gesetz in den §§ 121, Abs. 1, 122, Abs. 1 und 2, 155 HGB. als „Kapitalanteil".

Im Hinblick auf diese Unterscheidung vertritt die herrschende Meinung[89]) den Standpunkt, daß mit der „Einlage" in § 139 HGB. die ursprüngliche Einlage des Erblassers gemeint sei. Daraus folge, daß der die Einlage überschießende Kapitalanteil an den Erben auszuzahlen sei. Eine andere Ansicht[90]) will unter der „Einlage" wohl die Einlage des Erblassers, aber nicht in der ursprünglichen Höhe verstehen, sondern so wie sie unter Berücksichtigung von Gewinnen und Verlusten beim Tode des Erblassers bestand. Diese Ansicht verbindet „Einlage" und „Kapitalanteil" miteinander. Doch wenn das Gesetz in § 139 HGB. ausdrücklich das Wort „Einlage" gebraucht im Gegensatz zum „Kapitalanteil" in § 121, Abs. 1, § 122, Abs. 1 u. 2, § 155 HGB., so soll offenbar die ursprüngliche Einlage des Erblassers gemeint sein. Insoweit ist unter Ablehnung dieser Ansicht der herrschenden Lehre zuzustimmen. In der Folgerung jedoch, die einzelne Vertreter[91]) der herrschenden Lehre ziehen, widerspricht die herrschende Lehre dem Gesetzeszweck. § 139 HGB. will nicht nur dem Interesse der Erben dienen, sondern verfolgt auch den Zweck, das Gesellschaftskapital unge-

89) Brand, § 139, 3eγ. Goldmann, § 139, 16. Neufeld-Schwarz, § 139, Anm. 6. Lehmann-Ring, § 139, Nr. 10b. Pinkernelle, S. 57. Staub, § 139, Anm. 15.

90) Ritter, § 139, 4bcc; u. i. wesentlichen Jonen, S. 67. Ähnlich Wieland, § 61, S. 689.

91) Lehmann-Ring, § 139, Nr. 10 b. Neufeld-Schwarz, § 139, Anm. 6. Staub, § 139, Anm. 15.

schmälert der Gesellschaft zu erhalten. Dieser Zweck wird nicht erreicht, wenn die Gesellschafter gezwungen sind, dem Erben den die Einlage überschießenden Kapitalanteil auszuzahlen.

Die Rechtslage ist vielmehr folgende: Die Kommanditeinlage des Erben wird von der ursprünglichen Einlage des Erblassers gebildet. Hatte sich zu Lebzeiten des Erblassers die Einlage durch weitere Einlagen erhöht, so erhöht sich die Kommanditeinlage in demselben Maße. Der überschießende Kapitalanteil verbleibt der Gesellschaft und steht dem Erbenkommanditisten als Kapitalanteil weiter zu. Die Rechtslage wird so angesehen, als ob der Erblasser zu seinen Lebzeiten bereits Kommanditist gewesen ist[93]). Diese Auffassung führt zu folgendem Ergebnis:

War schon vor dem Tode des Erblassers der Kapitalanteil geringer als die Einlage oder sogar passiv, dann ist zu unterscheiden, ob der Erblasser seine von ihm übernommene Einlage noch nicht voll geleistet hat, oder ob er sie zwar bewirkt hat, die Einlage aber durch späteren Verlust vermindert ist. Im ersten Falle ist der Erbe den Gesellschaftern gegenüber verpflichtet, den fehlenden Betrag der Einlage zu leisten. Für diese Schuld haftet er nach Erbrechtsgrundsätzen. Sind mehrere Miterben da, so sind sie im Verhältnis ihrer Anteile am Nachlaß zur Ergänzung der Einlagen verpflichtet und haften dafür gemäß § 2058 ff. BGB.[94])

Im zweiten Falle ist der Erbe zur Deckung des Verlustes nicht verpflichtet, doch muß er spätere Gewinne solange stehen lassen, bis der Betrag seiner Einlage wieder erreicht ist. Das gilt auch, wenn der Erblasser die Einlage zwar gezahlt hatte, aber einen Passivsaldo hatte[95]).

Liegt jedoch der Fall so, daß die Einlage des Erblassers nur in Leistung von Diensten bestand, die der Erblasser nach dem Willen der Gesellschafter nur allein ausüben konnte und durfte, so geht die Einlage in dieser Form nicht auf den Erben über. Als Einlage gilt dann der geldlich abgeschätzte Wert der Dienste des Erblassers.

---

93) Düringer-Hachenburg, § 139, Anm. 19.
94) Lehmann-Ring, § 139, Nr. 10b.
95) Düringer-Hachenburg, § 139, Anm. 19.

Es kann auch möglich sein, daß der Erblasser überhaupt keine Einlage geleistet hat, weil die andern Gesellschafter soviel Kapital eingebracht haben, daß der Erblasser von der Einlagepflicht befreit blieb. Dann fehlt nach Düringer-Hachenburg[96]) die Grundlage für die Kommanditgesellschaft, und § 139 HGB. kann keine Anwendung finden. In diesem Falle dürfte es jedoch dem Zwecke des Gesetzes entsprechen, wenn der Erbe, der nicht Gesellschafter bleiben will und auch nicht ausscheiden möchte, mit den überlebenden Gesellschaftern eine andere Feststellung seiner Kommanditeinlage vereinbart[97]).

Selbstverständlich kann aber der Gesellschaftsvertrag andere Regelungen treffen als die soeben erörterten.

Der Erbe kann nach § 139 Abs. 2 HGB. denselben Gewinnanteil wie sein Erblasser beanspruchen. § 139 HGB. setzt insoweit die Vorschriften des § 168 Abs. 2 HGB. außer Kraft. Mehrere Erben können nur einen Gewinnanteil beanspruchen, wie er dem Verhältnisse ihres Anteils an der Einlage des Erblassers entspricht[98]). Das Gesetz erwähnt in § 139 HGB. nur den Gewinnanteil des Erblassers, nicht dessen Verlustanteil. Trotzdem ist aber nicht daraus zu schließen, daß der Erbe nach § 168 Abs. 2 HGB. nur nach einem den Umständen nach angemessenen Verhältnis am Verluste teilzunehmen hat. Gewinn- und Verlustanteil hängen aufs engste zusammen (vgl. § 722 BGB.). Der Erbe hat daher den Verlust in demselben Verhältnisse zu tragen wie sein Erblasser jedoch mit der Maßgabe, daß er nach § 167 Abs. 3 HGB. nur bis zum Betrage seines Kapitalanteils am Verlust teilnimmt[99]). Diese Bestimmungen können leicht zu Unbilligkeiten führen, besonders dann, wenn dem Erblasser, sei es wegen besonderer Tüchtigkeit oder wegen Leistung von Diensten, ein außerordentlich hoher Gewinnanteil zustand. Daher gibt das Gesetz den Gesellschaftern in § 139 Abs. 5 HGB. die Möglichkeit, den Ge-

96) A. a. O., § 139, Anm. 19.
97) Ritter, § 139, 4bcc.
98) Lehmann-Ring, § 139, Nr. 10c. Staub, § 139, Anm. 16.
99) Düringer-Hachenburg, § 139, Anm. 20.

winnanteil des Erben anders als den des Erblassers zu bestimmen.

Im übrigen unterliegt der Erbe als Kommanditist den Vorschriften der § 164 ff. HGB. Insbesondere ist er von der Führung der Geschäfte und der Vertretung der Gesellschaft ausgeschlossen (§ 164, § 170 HGB.), auch unterliegt er nicht mehr dem Wettbewerbsverbot des § 112 HGB. (§ 165 HGB.)[100]).

II. Haftung.

Bis zum Beginn seiner Kommanditistenstellung ist der Erbe offener Handelsgesellschafter gewesen, müßte also bis dahin nach § 128 HGB. persönlich mit seinem ganzen Vermögen haften. Diese Haftung schließt das Gesetz aus, indem es in § 139, Abs. 4 HGB. bestimmt, daß der Erbe für die bis zu seiner Kommanditistenstellung entstandenen Gesellschaftsschulden nur wie ein Erbe gemäß den §§ 1967 ff., 1975, 1990 BGB. haftet.

In diesem Falle ist Düringer-Hachenburg[101]) der Ansicht, daß der Erbe neben § 139, Abs. 4 HGB. auch nach § 173 HGB. haften müsse, da § 139 HGB. nur die unbeschränkte persönliche Haftung des offenen Handelsgesellschafters ausschließen wolle, nicht auch die beschränkte persönliche Haftung des Kommanditisten. Ihm ist entgegen zu halten, daß das Gesetz, wenn es schon eine Haftungsvorschrift für diesen Fall bestimmt hat, doch offenbar nur diese zur Anwendung kommen lassen will unter Ausschluß der sonst vielleicht noch zutreffenden Vorschrift des § 173 HGB. Es wäre auch nicht einzusehen, warum das Gesetz für einen Fall eine ausdrückliche Haftungsvorschrift erlassen hat, wenn für diesen Fall noch andere Haftungsvorschriften in Betracht kommen. Auch trifft in diesem Falle § 173 HGB. nicht zu; denn der Erbe tritt nicht neu in die Handelsgesellschaft als Kommanditist ein, sondern wechselt nur innerhalb der Gesellschaft seine Stellung[102]).

100) Düringer-Hachenburg, § 139, Anm. 20. Staub, § 139, Anm. 17. Reufeld-Schwarz, § 139, Anm. 6.

101) A. a. O. § 139, Anm. 21.

102) Brand, § 139, 4cα. Lehmann-Ring, § 139, Nr. 7. Goldmann, § 133, 35. Makower, § 139, IVb1.

§ 139, Abs. 4 HGB. gilt für den Erben jedoch nur dann, wenn er innerhalb der Dreimonatsfrist Kommanditist wird. Wird er erst später auf Grund einer Vereinbarung mit den Gesellschaftern Kommanditist, dann kommt § 139, Abs. 4 HGB. nicht zur Anwendung. Hier haftet der Erbe für bis zum Zeitpunkt seiner Kommanditistenstellung kontrahierte Gesellschaftsschulden wie ein Gesellschafter persönlich mit seinem ganzen Vermögen; denn seine Kommanditistenstellung hat erst begonnen, als er bereits endgültig Gesellschafter geworden war [103]).

Für Verbindlichkeiten der Gesellschaft, die eingegangen werden, wenn der Erbe bereits Kommanditist ist, haftet der Erbe ohne Rücksicht auf die Kräfte des Nachlasses, jedoch nach § 171 HGB. nur bis zur Grenze seiner Kommanditeinlage [104]). Diese Haftung beginnt aber erst dann, wenn die Kommanditistenbeteiligung des Erben ins Handelsregister eingetragen worden ist. Bis zur Eintragung haftet der Erbenkommanditist für die bis dahin begründeten Verbindlichkeiten der Gesellschaft wie ein persönlich haftender Gesellschafter ohne Beschränkung auf seine Kommanditeinlage (§ 176 Abs. 2 HGB.) [105]). Allerdings gilt diese Haftung des Erben über seine Kommanditistenbeteiligung hinaus nur nach außen den Gesellschaftsgläubigern gegenüber. Wird der Erbe von den Gesellschaftsgläubigern in Anspruch genommen, so darf er gegen die Gesellschaft nach § 110, § 161 Abs. 2 HGB. Rückgriff nehmen [106]). Trotzdem wird es im Interesse des Erben liegen, seine Eintragung als Kommanditist so bald als möglich herbeizuführen. Die Gesellschafter sind ver-

---

Neufeld-Schwarz, § 139, Anm. 6. Riesenfeld, S. 121. Staub, § 139, Anm. 17.

103) Brand, § 139, 4ca. Düringer-Hachenburg, § 139, Anm. 21. Staub, § 139, Anm. 18.

104) Brand a. a. O. Goldmann, § 139, 36. Neufeld-Schwarz, § 139, Anm. 6. Riesenfeld, S. 243. Staub, § 139, Anm. 17.

105) Brand a. a. O. Goldmann a. a. O. Neufeld-Schwarz a. a. O. Ritter, § 139, 5. Staub a. a. O.

106) Staub, § 139, Anm. 17.

pflichtet, bei der Eintragung mitzuwirken (§ 107, § 108, § 161 Abs. 2 HGB.). Verweigern sie ihre Mitwirkung, dann kann der Erbe sie im Wege der Klage erzwingen (§ 16 HGB., § 894 ZPO.).

Schluß.

§ 6.

§ 139 HGB. als zwingende Gesetzesvorschrift und Ergebnis.

§ 139 HGB. verfolgt in erster Linie den Zweck, den Erben vor Nachteilen, die mit seiner Teilhaberschaft an einer OHG. verbunden sind, zu schützen. Dieser Schutz würde aber nur ein unvollkommener sein, wenn § 139 HGB. nicht zwingendes Recht enthalten würde; denn sonst könnten die Gesellschafter nach dem Grundsatz der Vertragsfreiheit die Bestimmungen des § 139 HGB. vertraglich außer Kraft setzen. Umgekehrt dient § 139 HGB. aber auch den Interessen der Gesellschafter, indem durch ihn der Fortbestand des Unternehmens und die Erhaltung des Gesellschaftskapitals gewährleistet wird. Die Interessen der Beteiligten werden angemessen ausgeglichen. Daher schließt das Gesetz in §§ 139, Abs. 5 HGB. für die Vorschriften in Abs. 1—4 dieses Paragraphen den Grundsatz der Vertragsfreiheit aus. § 139 HGB. muß also immer zur Anwendung kommen, wenn der Gesellschaftsvertrag eine Fortsetzungsklausel enthält. Jede vertragliche Regelung, die die gesetzliche Regelung außer Kraft setzen soll, ist im Sinne des § 134 BGB. nichtig[1]). Nur eine einzige Ausnahme läßt das Gesetz im § 139, Abs. 5 HGB. zu. Die Gesellschafter können den Gewinnanteil des Erbenkommanditisten anders als den des Erblassers festsetzen. Weiterhin werden auch solche vertraglichen Abänderungen für zulässig zu erachten sein, die die gesetzliche Regelung nicht beeinträchtigen. Eine Grenze ist jedoch im Interesse der Gesellschaftsgläubiger zu ziehen. Auch die Gläubiger sind an der Einhaltung der Vorschriften des § 139

1) Brand, § 139, 6. Düringer-Hachenburg, § 139, Anm. 34. Goldmann, § 139, 37. Neufeld-Schwarz, § 139, Anm. 9. Ritter, § 139, 10. Staub, § 139, Anm. 23.

HGB. interessiert [2]). Eine Haftungsbeschränkung des Erben bedeutet für die Gläubiger einen Haftungsnachteil. Daher ist beispielsweise die Verlängerung der Ueberlegungsfrist des Erben unzulässig. Der Schwebezustand ist im Interesse der Gläubiger möglichst schnell zu beendigen, da er für sie unvermeidliche Mißstände (Zweifel über die Haftung des Erben) im Gefolge hat. Andererseits darf die Frist im Interesse des Erben nicht verkürzt werden [3]).

§ 139 Abs. 5 HGB. schließt nur die Vertragsfreiheit der Gesellschafter aus, nicht aber die Testierfreiheit des Erblassers. Dieser kann durch letztwillige Verfügung dem Erben die Ausübung oder Nichtausübung der Rechte des § 139 HGB. zur Pflicht machen [4]). Die Vertragsfreiheit der Gesellschafter wird nur „im voraus" im Gesellschaftsvertrag ausgeschlossen. Die Gesellschafter und Erben haben daher die Möglichkeit, die durch § 139 HGB. zwischen ihnen entstandenen Rechtsbeziehungen vertraglich abzuändern, jedoch nur insoweit, als die Interessensphäre der Gläubiger nicht berührt wird [5]).

Auch in den im Verlauf dieser Arbeit erörterten Rechtslagen, der Auflösung der Gesellschaft (vgl. § 1) oder der Fortsetzung der Gesellschaft ohne den Erben (vgl. § 2) können Gesellschafter und Erben vertraglich Änderungen der erörterten Grundsätze vornehmen.

So kann die jeweilige Auseinandersetzung vertraglich abgeändert werden. Selbst die Fortsetzung der Gesellschaft mit oder ohne Teilnahme der Erben kann in Abweichung der gesetzlichen Grundsätze von Erben und Gesellschaftern beschlossen werden. In diesen Fällen wird es sich jedoch um die Neugründung einer Gesellschaft handeln, nur die Identität mit der alten Gesellschaft bleibt gewahrt.

2) Brand, § 139, 6. Düringer Hachenburg, § 139, Anm. 34. Staub, § 139, Anm. 22.

3) Brand a. a. O. Düringer-Hachenburg a. a. O. Goldmann, § 139, 37. Makower, § 139, V. Neufeld-Schwarz, § 139, Anm. 9. Staub, § 139, Anm. 23. Wieland, S. 686, § 61.

4) Düringer-Hachenburg a. a. O. Neufeld-Schwarz a. a. O. Staub, § 139, Anm. 24.

5) Düringer-Hachenburg, § 139, Anm. 34. Makower, § 139, V. Neufeld-Schwarz, § 139, Anm. 9.

Lebenslauf.

Am 11. August 1910 wurde ich als Sohn des Studienrates Dr. Berger und seiner Ehefrau Clara Berger, geb. Wrobel, in Rostock geboren. Von Ostern 1916 bis Ostern 1919 besuchte ich die Vorschule von Frl. Paschen in Rostock. Ostern 1919 kam ich auf die Große Stadtschule (Gymnasium) zu Rostock, die ich Michaelis 1928 mit dem Reifezeugnis verließ. Im W.-S. 28/29 wurde ich auf der Universität Rostock als Student der Rechte immatrikuliert. Ich habe ununterbrochen bis zum S.-S. 1933 auf der Universität Rostock die Rechtswissenschaften studiert. Am 31. Oktober 1933 bestand ich die erste juristische Staatsprüfung und bin seit dieser Zeit als Referendar im Vorbereitungsdienst auf die zweite juristische Staatsprüfung tätig.